Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der hohen

juristischen Facultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

Mittwoch, den 16. Januar 1901, mittags 12 Uhr

in der Aula Leopoldina

gegen die Herren Opponenten

Referendar **Steinberg,**

cand. iur. **Hauptmann**

öffentlich verteidigen wird

Arthur Krug,

Referendar am Landgericht zu Oels.

Breslau 1901.

Dr. R. Galle's Buchdruckerei, Breslau, Matthiasstrasse 29

Seinen teuren Eltern

in Dankbarkeit

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0017

Benutzte Litteratur.

1. Biermann: Die höhere Gewalt. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. X.

1a. Brinz: Die Prästation unmöglicher Leistungen in „Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. V, 1857, No. XI, S. 278 ff."

2. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1879.

3. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1897.

4. Dernburg: Pandekten. 3. Aufl. Berlin 1892.

5. „ Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. II. Bd., 1. Abt., 1. u. 2. Aufl. Halle a. S. 1899.

6. Dernburg: Lehrbuch des Preuss. Rechts.

7. Endemann: Einführung in das Studium Bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1898. 3. u. 4. Aufl.

8. H. A. Fischer: Vis maior im Zusammenhange mit Unmöglichkeit der Leistung. Gerber u. Ihering, Jahrbücher XXXVII, S. 199 ff.

9. O. Fischer u. Henle: Bürgerl. Gesetzbuch.

10. O. Fischer: Lehrbuch des Preuss. Privatrechts. Berlin u. Leipzig 1887.

11. Förster-Eccius: Preuss. Privatrecht. Berlin 6. Aufl.

12. Goldmann u. Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Heft. Berlin 1897.

13. L. Goldschmidt: Krit Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich. Erstes Heft: Die formalen Mängel des Entwurfs. Leipzig 1889.

14. Hachenburg: Gutachten aus dem Anwaltstande. S. 110.

15. Dr. Gustav Hartmann: Die Obligation Erlangen 1875.

16. „ „ Juristischer Casus und seine Praestation bei Obligationen auf Sachleistung, insbes. beim Kauf, in „Iherings Jahrbücher". Bd. XXII, S. 417—496. Jena 1884.

17. Hellmann: Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 90, S. 363 ff.
18. R. Ihering: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts v. Gerber u. Ihering, Bd. IV, No. I, S. 1 ff.
19. R. Ihering: Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Giessen 1867.
20. S. Jacoby: Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich IV, das Recht der Schuldverhältn.: Annalen des deutschen Reichs, Jahrg. 1890, S. 34 ff.
21. Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das deutsche Reich. Jena 1900.
22. Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das deutsche Reich. Jena 1900.
23. Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, im Archiv für die civ. Praxis Bd. 73, S 161 ff.
24. Laband: Im Archiv für die civ. Praxis, Bd. 74, S. 1 ff.
25. Leonhard: Der allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
26. v. Madai: Die Lehre von der Mora. Halle 1836.
27. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
28. Meischeider: In Becker u. Fischer, Beiträge.
29. F. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. I u. III, Braunschweig 1853 u, 55.
30. Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Bd. II.
31. P. Oertmann: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverh. Berlin 1899.
32. P. Oertmann: Civilist. Rundschau im Archiv für bürgerl. Recht. 1897. Bd. 12, No. 5 (S. 284).
33. Planck: Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1898.
34. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn.
35. M. Rümelin: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerl. Gesetzb. zur objektiven Schadenersatzpflicht. Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
36. v. Savigny: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen röm. Rechts. Berlin 1851/53.
37. Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
38. J. A. Seuffert's Archiv. Bd. 30, No. 238, S. 343 ff.

39. L. Seuffert: Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzb. für das deutsche Reich in: Beiträge zur Erläuterung u. Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B., herausgegeben von J. Becker u. O. Fischer.
40. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1899.
41. W. Stintzing: Zu §§ 232 u 235 des Entwurfs, II. Lesung. Archiv Bd. 85, No XVII, S. 466 ff.
42. Szkolny u. Caro: Bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 3. Lief. Berlin 1899.
43. Ubbelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurf des Bürgerl. Gesetzbuches in II. Lesung, §§ 232, 235 Archiv für civ. Praxis. Bd. 85, No. IV, S. 118 ff
44. Ude: Ueber die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligation" im Archiv für die civil. Praxis. Bd. XXXXVIII Heidelberg 1865, Heft 2, No. X, S. 246 ff. und Heft 3, No. XIV, S. 366 ff.
45. v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
46. Wächter: Ueber die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv für die civil. Praxis. Bd. 15, No. VI, S. 97 u. IX, S. 188.
47. Wächter: Pandekten.
48. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.
49. Windscheid: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. II. Bd., 106—145.
50. Wolff: Zur Lehre von der Mora.

Disposition.

§ 1. Einleitung.

I. Hauptteil: Arten der Erfüllungshindernisse bezw. der durch sie herbeigeführten Folgen:

§ 2. 1. Anfängliche und nachfolgende Erfüllungshindernisse.

§ 3. 2 Objektive und subjektive Unmöglichkeit.

§ 4. 3. Sonstige Einteilung der Unmöglichkeit

II. Hauptteil: Geschichtliche Uebersicht:

1. Römisches und gemeines Recht.

§ 5. a) Anfängliche Unmöglichkeit.

§ 6. b) Nachfolgende Unmöglichkeit.

§ 7. 2. Preussisches Recht.

III. Hauptteil: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B.

1. Anfängliche Unmöglichkeit und anfängliches Unvermögen.

§ 8. a) Vorgeschichte.

§ 9. b) Die durch das B. G. B. getroffene Regelung.

§ 10. c) Ausnahmen.

2. Nachfolgende Unmöglichkeit und nachfolgendes Unvermögen.

§ 11. a) Vorgeschichte.

b) Grundsätze:

§ 12. α. bei den Speciesschulden;

§ 13. β. bei den Gattungsschulden.

§ 14. Schluss: Teilweise Unmöglichkeit bezw. teilweises Unvermögen hinsichtlich der Zeit der Leistung in ihrem Verhältnisse zum Verzug.

§ 1.

Einleitung.

Die Lehre von der Unmöglichkeit und dem Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch hat in der Schrift Kleineidams: „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich“ eine Bearbeitung gefunden, welcher im wesentlichen beizutreten ist und auf deren Boden sich alle nachfolgenden Untersuchungen zu bewegen haben. Nur ein Punkt ist, wie Kleineidam[1]) selbst sagt, unbefriedigend geblieben. Er kam über denselben nicht hinaus. Es ist die Regelung, welche das anfängliche Unvermögen, insbesondere in dem Falle unverschuldeter Unkenntniss des Schuldners von demselben, im B. G. B. gefunden hat. Es soll versucht werden, diesen Stachel zu beseitigen.

Wie aus dem Wortlaut des Themas aber zu entnehmen ist, werden sich die Ausführungen auch auf das nachfolgende unverschuldete Unvermögen erstrecken und zwar insbesondere aus dem Grunde, weil die Bestimmungen des B. G. B. über das letztere — wie nachgewiesen werden wird — zum Teil analog auf das anfängliche unverschuldete Unvermögen anzuwenden sind.

Was die Einteilung des Stoffes anbelangt, so werden in dem ersten Teile der Arbeit die verschiedenen Arten der Erfüllungshindernisse dargestellt werden. In einem

[1]) Kleineidam a. a. O. S. 47, Anm. 10.

zweiten Teile wird ein Rückblick auf die Behandlung der Unmöglichkeit, vorzugweise der subjektiven, in den früheren Rechten, insbesondere dem gemeinen, zu werfen sein. Dieser Rückblick soll jedoch nicht bloss ein historisches Interesse befriedigen, sondern auch für die späteren Ausführungen zur Grundlage dienen. Der dritte Teil wird sich mit der Regelung beschäftigen, welche das B. G. B. den hier zu erörternden Fragen hat angedeihen lassen; insbesondere wird der Verfasser in diesem Teile nachzuweisen versuchen, dass nach dem neuen Reichsrecht auch das anfängliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung mit Ausnahme des schuldnerischen Unvermögens zur Leistung einer Gattungsschuld Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat.

I. Arten der Erfüllungshindernisse bezw. der durch dieselben hervorgerufenen Folgen.

§ 2. 1. Anfängliche und nachfolgende Erfüllungshindernisse.

Bei der Darstellung der Hindernisse, die sich der Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit in den Weg stellen können, ist zunächst einer Unterscheidung zu gedenken, die zum Ausgangspunkte der späteren Ausführungen gemacht werden wird, nämlich der, ob die Hindernisse[1]) bereits vor der Entstehung der Obligation existent gewesen sind oder es erst nachher wurden. Massgebend für die Bestimmung, ob ein Erfüllungshindernis als anfänglich vorhanden oder erst nachher eingetreten zu betrachten ist, ist der Zeitpunkt, mit dem die Obligierung des Teiles eintritt, um dessen Leistung es sich handelt; bei unbedingten oder auflösend bedingten Obligationen also der Augenblick des Abschlusses des Vertrages. Dies galt für das gemeine Recht[2]) und hat auch

[1]) Der Ausdruck „Erfüllungshindernisse“ wird ohne Rücksicht darauf gebraucht, ob ein gültiger Vertrag besteht oder nicht.

[2]) Mommsen, Beiträge I, 1.

nach dem Sinne der §§ 306 und 275 B. G. B. für das neue bürgerliche Recht zu gelten. Nach Mommsen ist im gemeinen Recht derselbe Zeitpunkt auch bei aufschiebend bedingten und befristeten Verträgen für die Unterscheidung anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit massgebend. Tritt also derjenige Umstand, der die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Folge hat, nach Abschluss des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingung oder des Termins ein, so liegt nach gemeinem Recht ein nachträgliches Erfüllungshindernis vor. Steht nun das B. G. B. in dieser Hinsicht auf demselben Standpunkt wie das gemeine Recht? Kleineidam[1]) glaubt nur im Wege der Analogie diese Frage lösen zu können. Denn es liege — führt er aus — ein nachträgliches Nichterfüllenkönnen im Sinne des Gesetzbuches nicht vor, da von einem solchen erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses die Rede sein könne, ein Schuldverhältnis bei aufschiebend bedingten oder befristeten Verträgen aber vor Eintritt der Bedingung oder des Termins noch nicht entstanden sei. Das Nichterfüllenkönnen dürfe aber auch nicht als ein ursprüngliches bezeichnet werden, da es zur Zeit des Vertragsabschlusses nocht nicht bestanden habe. Es sei somit im B. G. B. eine Lücke vorhanden, die nach den Regeln der Analogie ausgefüllt werden müsse. Für diese aber sei die Lehre vom nachfolgenden Nichterfüllenkönnen heranzuziehen, da zwischen den Kontrahenten doch bereits eine Verpflichtung zu obligationsmässiger Sorgfalt bestände und gerade dieser Umstand für die Unterscheidung anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit charakteristisch sei. Kleineidam kommt also im Wege der Anologie dazu, die Frage nach dem massgebenden Zeitpunkt für die Unterscheidung anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit für das Recht des B. G. B. im Sinne des gemeinen Rechts zu entscheiden. Auch nach der Ansicht des Verfassers[2]) ist der Zeitpunkt des Vertrags-

---

[1]) Kleineidam, S. 89.

[2]) Derselben Ansicht ist auch Kisch, S. 27 ff.

schlusses für die in Frage stehende Unterscheidung bei aufschiebend bedingten und befristeten Verträgen massgebend. Lässt sich diese Lösung aber nicht direkt aus dem Gesetz gewinnen? Auch bei aufschiebend bedingten und befristeten Verträgen ist doch das Schuldverhältnis bereits mit dem Vertragsschluss zur Entstehung gelangt; das Schuldverhältnis selbst ist kein bedingtes oder befristetes, vielmehr nur die aus demselben sich ergebende Leistungspflicht eine bedingte oder befristete. Wie sollte denn auch die Verpflichtung zur obligationsmässigen Sorgfalt zu erklären sein, welche selbst Kleineidam[1]) als bereits vor Eintritt der Bedingung oder des Termins existierend anerkennt! Wenn also das B. G. B. in § 275 von einem nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstande spricht, der ein Unmöglichwerden der Leistung herbeiführt, so sind auch diejenigen ein Nichterfüllenkönnen hervorrufenden Umstände mit darunter zu verstehen, welche nach Abschluss des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingung oder des Termins eintreten.

Auch Planck[2]) hält den Augenblick des Vertragsschlusses bei aufschiebend bedingten oder befristeten Verträgen bezüglich des Unterschiedes zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit für massgebend, da er in dem Falle, wo ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter, aufschiebend bedingter oder befristeter Vertrag durch den Wegfall der Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung oder des Termins gültig wird, eine zweite nach dem Wegfall der ersten, aber noch vor Eintritt der Bedingung oder des Termins von neuem entstehende Unmöglichkeit der Erfüllung nach den für die nachträgliche Unmöglichkeit geltenden Grundsätzen beurteilt wissen will. Dies stimmt auch mit der Unterscheidung der Folgen bedingter Geschäftsabschlüsse in vorläufige und endgültige überein.[3])

[1]) Kleineidam, a. a. O. S. 89.
[2]) Planck, Kommentar zu § 308, Abs. 2.
[3]) Vergl. Leonhard, Allg. Teil, S. 406 ff.

Wenn die Bedeutung des Unterschiedes zwischen den anfänglichen und nachfolgenden Erfüllungshindernissen im allgemeinen gekennzeichnet werden soll, so ist zu sagen, dass es bei der Beurteilung der ersteren rechtlich gleichgültig ist, in welcher Beziehung ihr Eintritt zu dem Willen des Schuldners steht. Der Wille des Schuldners ist vor Eingehung der Obligation frei; rechtlich von Bedeutung ist bei ihrer Beurteilung im allgemeinen nur das Wissen des Schuldners von ihrer Existenz. Bei den letzteren dagegen ist, da sie zu einer Zeit eintreten, wo der Wille des Schuldners bereits durch eine Obligation gebunden ist, von massgebender Bedeutung das Verhältnis ihres Eintritts zu seinem Willen. Eine begrifflich andere Qualifikation der nachfolgenden als der anfänglichen Unmöglichkeitsfälle ist nicht vorhanden. Betrachtet man die Obligationen auf ihre Entstehungsgründe hin, so wird man bei denjenigen Obligationen, die auf einem Rechtsgeschäft beruhen, sowohl von anfänglichen wie von nachfolgenden Erfüllungshindernissen reden können, dagegen wird diese Unterscheidung bei denjenigen nicht Platz greifen können, welche das Recht an das Vorhandensein gewisser Thatumstände knüpft. Hier wird nur von nachfolgenden Hindernissen die Rede sein können.

§ 3. 2. Objektive und subjektive Unmöglichkeit.

Gegenstand einer jeden Obligation ist eine Leistung von seiten des Schuldners an den Gläubiger. Damit sich der Obligationszweck verwirklichen könne, ist also einmal erforderlich, dass die Leistung selbst den Gläubiger möglich sei, und zum andern, dass sie durch den zu ihrer Bewirkung Verpflichteten erfolgen könne. Damit ergiebt sich eine andere Einteilung der Hindernisse, die der Erfüllung der Obligation entgegenstehen können in

1. Hindernisse, die in der Beschaffenheit der Aussenwelt ihren Grund haben,
2. Hindernisse, die in der Beschaffenheit des Schuldners begründet sind,

3. Hindernisse, die sich auf den mangelnden Einfluss des Schuldners auf die Aussenwelt zurückführen lassen.

I. Hindernisse, welche in der Beschaffenheit der Aussenwelt ihren Grund haben. Dieselben führen die sog. objektive Unmöglichkeit herbei und lassen sich etwa in folgende Klassen unterordnen.

Es kann die Leistung infolge physischer Hindernisse unmöglich sein; so, wenn der Gegenstand, der geleistet werden soll, physisch nicht existiert, gleichgültig, ob er nie existiert hat oder seine Existenz vernichtet worden ist; so ferner, wenn Handlungen, die geschuldet werden, unüberwindliche physische Hindernisse entgegenstehen. Ist der Schuldner, um seinen Vertragsverpflichtungen nachzukommen, sowohl zur Lieferung von Sachen wie zur Vornahme von Handlungen verpflichtet (es hat z. B. eine Fabrik die Lieferung von Fabrikaten übernommen, die aus einem ebenfalls von der Fabrik zu beschaffenden Rohmaterial hergestellt werden sollen), so wird die Leistung schon dann unmöglich, wenn auch z. B. nur die Handlungen physisch unmöglich werden. Wann tritt nun diese Unmöglichkeit bei Handlungen ein? Die bei Eingehung des Vertrages auf Lieferung von Fabrikaten zugleich stillschweigend eingegangene Verpflichtung zur Beschaffung der nötigen Arbeitskräfte hat eine Gattungsschuld zum Gegenstande. Die Erfüllung dieser Gattungsschuld ist erst dann unmöglich, wenn das genus, die Arbeitskräfte, nach Treu und Glauben im Verkehr (§ 242) als erloschen zu betrachten ist. Bricht in der Fabrik ein Streik aus, so liegt noch immer nicht eine objektive Unmöglichkeit vor; denn eine Beschaffung anderer Arbeitskräfte ist möglich. Hindernisse dieser Art gehören zu den später (S. 16 ff.) zu erwähnenden. Um die Frage zu beantworten, wann nach Treu und Glauben die Gattung als erloschen zu betrachten ist (ein wirkliches Erlöschen ist ja in dem gedachten Falle überhaupt nicht denkbar), müssen zwei Gesichtspunkte berücksichtigt werden; einmal die Ausdehnung der Arbeitseinstellung, z. B. Streik

auf sämtlichen Gruben eines Kohlendistrikts, und zum andern die Beschaffenheit der Arbeitsthätigkeit. So wird bei Ausständen von Arbeitern, die nur vermöge einer besonderen Vorbildung die Arbeit leisten können, eine objektive Unmöglichkeit nach Treu und Glauben eher anzunehmen sein und bei geringerer Ausdehnung des Ausstandes als bei einem Ausstande von Erdarbeitern, die über Tage thätig sind, wie z. B. bei einem Kanalbau.[1])

Wie in natura nicht existierende Sachen Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können, so auch solche, welche für den Rechtsgüterverkehr nicht in Betracht kommen, obgleich sie existieren; zu ihnen gehören einmal diejenigen, deren Verkehrsunfähigkeit auf allgemeinen Gründen beruht; ferner die durch ein gesetzliches Veräusserungverbot dem Verkehr entzogenen.[2]) Diesen sind insbesondere auch die durch Ausfuhrverbote dem Verkehr entzogenen Sachen zuzurechnen. Die Ausfuhrverbote führen objektive Unmöglichkeit herbei, auch wenn die Gattung noch nicht erschöpft ist. Ergeht z. B. in Deutschland ein Ausfuhrverbot für Rinder nach Russland, so ist der deutsche Verkäufer im Zweifel nicht verpflichtet, in Oesterreich Rinder anzukaufen und nach Russland zu senden. Die Frage, ob das Geschuldete „alii possibile est“ (vgl. S. 16), muss in diesem Falle verneint werden; so verlangt es Treu und Glauben im Verkehr. Den Ausfuhrverboten stehen auch Absperrungen ganzer Landstriche, z. B. durch Sanitätskordons, gleich.

Erfüllungshindernisse, welche in der Leistung selbst ihren Grund haben, liegen auch dann vor, wenn eine Sache, die zwar physisch existiert und auch vom Rechtsgüterverkehr nicht ausgeschlossen ist, aber dem Gläubiger bereits gehört, zum Gegenstande einer Obligation gemacht wird. Das Erfüllungshindernis fällt jedoch weg, wenn der Vertrag

[1]) Biermann a. a. O. S. 53. Biermann nimmt selbst bei generellen Streiks nur ausnahmsweise Unmöglichkeit der Leistung und Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht an.

[2]) Vergleiche auch Kleineidam a. a. O. S. 22 ff.

unter einer Bedingung oder Befristung geschlossen ist und die Sache vor Eintritt der Bedingung oder des Termins aufgehört hat, dem Gläubiger zu gehören.

Zwar an sich möglich, aber in ihren Wirkungen den unmöglichen durch die Rechtsordnung gleichgestellt, sind die auf etwas Unsittliches gerichteten Handlungen.

Die angeführten Kategorieen von Erfüllungshindernissen haben das Gemeinsame, dass sie nicht bloss in gewissen Fällen, z. B. bei Leistungen unter gewissen Personen, sondern allgemein von Wirksamkeit sind. Ihnen stehen zwei andere Gattungen von Hindernissen gegenüber, nämlich solche, die in der Person des Schuldners oder in dem mangelnden Einfluss desselben auf die Aussenwelt ihren Grund haben. Venuleius kennzeichnet den Unterschied zwischen diesen beiden Gattungen einerseits und den unter I aufgeführten Hindernissen andrerseits recht treffend, indem er sagt[1]): Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.“ Das „alii possibile esse“ ist das charakteristische Merkmal dieser beiden Gattungen.

II. Hindernisse in der Person des Schuldners.

Die Hindernisse, die in der Person des Schuldners ihren Grund haben, werden meistens bei Dientleistungen in Betracht kommmen. Hier ist einer weiteren wichtigen Unterscheidung zu gedenken. Die Dienstleistungen können derart sein, dass es gerade auf die persönliche Thäthigkeit des bestimmten Schuldners ankommt; es wird z. B. ein berühmter Sänger für einen musikalischen Abend engagiert. Hindernisse an der Bewirkung derartiger Leistungen, welche die Thätigkeit einer bestimmten Person wegen eines gerade ihr innewohnenden Talents erfordern, gehören der zuerst erwähnten Gattung von Hindernissen an und begründen eine objektive Unmöglichkeit. Denn auch hier trifft das von Venuleius gegebene Unterscheidungsmerkmal zu: ali possibile non est. Diese Unzulässigkeit einer Vertretung

[1]) l. 137 § 5, Dig. de verb. obl. XXXXV, 1.

des Schuldners bei der von ihm zu bewirkenden Leistung durch einen anderen kann sowohl durch Gesetz angeordnet sein wie auch auf dem Willen der Parteien bei Abschluss des Vertrages beruhen. Unter dem Begriff des alii possibile sind nur solche Leistungen zu verstehen, die der Schuldner auch durch andere bewirken lassen darf. Hindernisse an der Erfüllung aller anderen Dienstleistungen, die man als fungibel bezeichnen kann im Gegensatz zu den nur von einer bestimmten Person vorzunehmenden, gehören dagegen der zweiten Gattung an. Diese Unterscheidung, als in der Natur der Dinge begründet, gilt auch für das B. G. B. Die Motive[1]) sagen: „Ein subjektives Unvermögen des Schuldners liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die persönliche Leistung objektiv unmöglich geworden ist."

III. Hindernisse in dem mangelnden Einfluss des Schuldners auf die Aussenwelt.

Dieselben können zwiefacher Natur sein. Sie können in dem Fehlen der faktischen Disposition über die Sache ihren Grund haben (die zu liefernde Sache wird gestohlen) oder auch in dem Fehlen des Rechts zur Sache begründet sein (es veräussert jemand eine von seinem Handlungsgehilfen bereits verkaufte Sache).

Die Römer[2]) bezeichnen die Hindernisse, die in der Leistung selbst ihren Grund haben, als impedimenta naturalia im Gegensatz zu denen, die aus den Verhältnissen des Schuldners hervorgehen, den difficultates; von diesem heisst es: „respiciunt ad facultatem dandi." naturale impedimentum heisst hier das unüberwindliche, difficultas das möglicherweise überwindliche Hindernis. Die Überwindlichkeit durch einen dritten beweist, dass der Gläubiger auch dem Schuldner eine Überwindungskraft zutrauen durfte. Ob er darin im einzelnen Falle irrte, wurde bei

[1]) Motive II, S. 45.
[2]) l. 137 § 4, Dig. de verb. obl. XXXXV, 1.

Stipulationen nicht weiter untersucht. Darin lag eine civilrechtliche Strenge.

In der angeführten Stelle heisst es weiter: Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittantur ..... et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, mit anderen Worten: Der Schuldner muss selbst dafür sorgen, wie er sich die Sache beschafft; es ist seine Sache, ob dies leicht (commode) oder schwer (incommode) oder gar nicht gelingt.

Die gemeinrechtlichen Schriftsteller sprechen im ersteren Falle von einer objektiven, im letzteren von einer subjektiven Unmöglichkeit; so vor allen Mommsen[1]), der zuerst eine zusammenhängende Darstellung der Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einflusse auf obligatorische Verhältnisse gegeben hat. Dernburg[2]) nimmt ausser den Fällen einer subjektiven Unmöglichkeit noch Fälle an, bei denen eine difficultas vorliege; zu den letzteren gehöre der Geldmangel des Schuldners. Aber auch die beiden anderen Fälle in § 4 der von Dernburg citierten l 137 D de verb. obl. XXXXV, 1 begründen nach dem Wortlaut der Stelle nur eine difficultas. Welche Fälle begründen aber dann eine subjektive Unmöglichkeit? Dernburg lässt sich durch den von der gemeinrechtlichen Doktrin geschaffenen Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit" allzusehr beeinflussen. Er übersieht, dass die Fälle der gemeinrechtlichen „subjektiven Unmöglichkeit" eben sämtlich von den Römern mit dem Ausdruck[3]) „difficultates" bezeichnet worden sind. Difficultas bedeutet auch rein etymologisch nicht bloss „die

---

[1]) Mommsen, Beiträge, I. Bd.

[2]) Dernburg, Pandekten II, S. 45.

[3]) Dieselbe Ansicht vertritt Dernburg auch in seinem bürgerlichen Recht II, 1, S. 129, wo es heisst: „Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Rechte nicht als subjektive Unmöglichkeit — Unvermögen — behandelt." Weder im Gesetz selbst noch in den Motiven findet sich ein Anhaltspunkt für diese Auffassung. Vergl. auch Kleineidam, S 7 u. 17 ff.

Schwierigkeit", sondern auch „die Unthunlichkeit". Hartmann[1]) hat darauf hingewiesen, wie unbrauchbar und irreführend es sei, von einer „subjektiven Unmöglichkeit" zu sprechen. Von den Gründen, die er gegen den Ausdruck geltend gemacht, sind an dieser Stelle nur diejenigen zu erwähnen, die er aus dem Begriff der Unmöglichkeit selbst herleitet. Die wahre Unmöglichkeit könne immer nur eine sein; sie sei eine auf einem allgemeinen Gesetze beruhende Notwendigkeit des Nichtgeschehens; es könne daher in dem Falle, wo nur eine bestimmte Person zu einer Leistung unvermögend sei, cum alii possibile sit, von einer Unmöglichkeit nicht gesprochen werden. Dazu ist zu bemerken, dass bei der Notwendigkeit des Nichtgeschehens noch die beiden Begriffe der „Undenkbarkeit" und „Unthunlichkeit oder Unmöglichkeit" zu unterscheiden sein dürften. Auch Brinz[2]) verwirft die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit als „nicht viel wert und sogar unzutreffend". Die Hindernisse, die nicht in der Leistung selbst liegen, begründen nach Hartmann und Brinz nicht eine Unmöglichkeit, sondern ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung; es sind subjektive Hindernisse. Ob man dem gemeinrechtlichen Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit" oder dem von Hartmann und Brinz vorgeschlagenen Ausdruck „Unvermögen des Schuldners" den Vorzug geben soll, ist eine rein terminologische Frage und der Streit darüber ein reiner Wortstreit. Die Bemerkung von Hartmann und Brinz, dass bei den nicht in der Leistung selbst begründeten Hindernissen nicht von einer Unmöglichkeit, sondern nur von einem Unvermögen des Schuldners zur Leistung gesprochen werden könne, ist auch auf das B. G. B. von Einfluss gewesen. Dieses hat ihre Ausdrucksweise angenommen (§ 275). Unter „Unmöglichkeit" versteht es nur die objektive Unmöglichkeit.

---

[1]) Hartmann, die Oblig., S. 172.

[2]) Brinz, Pand. II, 1, S. 126.

§ 4. Sonstige Einteilung der Unmöglichkeit.

Die früher übliche Einteilung der Unmöglichkeit in eine absolute und relative, je nachdem eine Leistung ihrer Natur noch unmöglich — undenkbar — ist (wie das in den Quellen erwähnte caelum ascendere) — aus dem Geschäftsinhalte ersichtliche Unmöglichkeit — oder nur im speciellen Falle nicht geschehen kann, d. h. denkbar, aber doch unmöglich ist, (Lieferung einer nicht mehr existierenden Sache) ist von keinem rechtlichen Belang. Zu bemerken ist nur noch, dass der Ausdruck „relative" Unmöglichkeit bisweilen[1]) in anderem Sinne gebraucht wird, nämlich um eine für den Schuldner allein vorhandene Unmöglichkeit (subjektive Unmöglichkeit im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin) zu bezeichnen, während absolute Unmöglichkeit dann die objektive bedeutet.

Nur kurz zu erwähnen ist noch, dass die Erfüllungshindernisse ein dauerndes Ausbleiben der Erfüllung oder ein nur vorübergehendes zur Folge haben können. Die Motive sprechen hier von absoluter und hypothetischer oder nicht dauernder Unmöglichkeit. Die objektive Unmöglichkeit wird meist eine in diesem Sinne absolute, also dauernde sein, das Unvermögen des Schuldners zur Leistung kann in der einen wie in der anderen Form vorkommen. Kleineidam[2]) führt aus, dass die Unmöglichkeit dann eine vorübergehende sei, wenn der Wiedereintritt der Möglichkeit in der Natur der Unmöglichkeit begründet sei. Mit Kisch[3]) ist dazu zu bemerken, dass sich die Thatsachen, welche eine nur vorübergehende Unmöglichkeit aufheben, nicht aus der Natur der Unmöglichkeit ergeben, sondern ausserhalb derselben begründet sind.

Schliesslich kann die Erfüllung einer Obligation in ihrem ganzen Umfange verhindert werden oder nur zum Teil; letzteres indem z. B. die Bestimmungen über Umfang

[1]) v. Madai, die Lehre von der mora, S. 77.
[2]) Kleineidam a. a. O. S. 96 ff.
[3]) Kisch a. a O. S. 23.

Art, Zeit oder Ort der Erfüllung nicht inne gehalten werden[1]).

So viel über die Arten der Erfüllungshindernisse bezw. die Beschaffenheit des durch sie hervorgerufenen Zustandes, in dem sich die Obligation befindet.

II. Geschichtliche Übersicht.

§ 5. 1. Römisches und gemeines Recht.

a. Anfängliche Unmöglichkeit.

Wie oben (S. 10) bemerkt worden ist, wird sowohl dem historischen Teil wie dem von der Stellungnahme des B. G. B. zu den einschlägigen Fragen handelnden Abschnitt eine Trennung der anfänglich vorhandenen von der später eintretenden Unmöglichkeit bezw. des Unvermögens zu Grunde gelegt werden. Die oben erläuterten Begriffe „objektive" und „subjektive" Unmöglichkeit hat man aus der Betrachtung des Lebens gewonnen ohne Rücksicht auf das Recht und seine Zwecke und in die Quellen hineingetragen. Man hätte aber von den Lebensbedürfnissen ausgehen sollen, die dazu veranlassen, Möglichkeit und Unmöglichkeit zu scheiden und von den Zielen, die der Gesetzgeber verfolgt, wenn er die Unmöglichkeit von der Möglichkeit sondert. Sein Zweck ist der Leitstern zur Feststellung des Unmöglichkeitsbegriffes, der ihm vorschwebt. Da man also lediglich aus den verschiedenen in die Quellen hineingetragenen Begriffen Rechtssätze hergeleitet hat, ist es auch erklärlich, dass man allmählich fand, wie diese ohne Rücksicht auf die Zwecke des Rechts gebildeten Rechtssätze den Bedürfnissen des Lebens nicht entsprachen und man dieselben den Bedürfnissen anzupassen suchte. Dies soll im Folgenden für das römische und gemeine Recht dargestellt werden.

[1]) Ueber die teilweise Unmöglichkeit bezüglich der Erfüllungszeit, vergl. unter § 17.

Welchen Einfluss übt zunächst die anfängliche objektive Unmöglichkeit auf das obligatorische Verhältnis aus? Es folgt aus der Natur der Sache, dass eine Obligation, die eine objektiv unmögliche Leistung zum Gegenstande hat, in allen Rechten als unwirksam behandelt wird, insoweit sie diese Leistung selbst und nicht etwa eine entschädigende Ersatzpflicht betrifft, mag die Unmöglichkeit eine physische oder eine rechtliche sein. Nur dies drückt der von der gemeinrechtlichen Doktrin als Rechtssatz angesehene Satz der Vernunft aus: impossibilium nulla obligatio[1]). Dass derselbe kein Rechtssatz ist, insbesondere nichts aussagt über die Prästation der unmöglichen Leistung, geht, wie Hartmann[2]) nachgewiesen hat, u. a. daraus hervor, dass die Römer, wenn auch nur vereinzelt, Fällen subjektiver Unmöglichkeit eine den Schuldner befreiende Kraft beigelegt haben; die Fälle subjektiver Unmöglichkeit aber haben sie nie mit dem Ausdruck „impossibilia" bezeichnet. Da kein Kontrakt vorhanden war, gab es auch keine Klage aus dem Kontrakte auf Leistung des Interesses, das der Gläubiger an dem Bestehen des Vertrages hatte[3]); dieses Erfüllungsinteresse erscheint ja nur als Aequivalent für die zum Gegenstand des Vertrages gemachte Leistung. Ist aber keine den Schuldner zur Bewirkung der Leistung obligierende causa vorhanden, dann auch nicht zur Gewährung eines Aequivalents. Der Ansicht Leonhards[4]), die Römer hätten einen Unterschied gemacht zwischen „emptio nulla est" und „nulla emptio est" und im letzteren Falle das Vorliegen eines Verpflichtungsaktes überhaupt verneinen, in dem ersteren dagegen nur zum Ausdruck bringen wollen, dass die Obligation bloss nicht die ihr sonst eigentümliche Wirksamkeit äussere, im übrigen aber vorhanden sei, trifft jedenfalls nicht in allen Fällen zu. Dagegen spricht z. B. l 9 pr. Dig XVIII, 1, in der es heisst:

[1]) l. 185 D. de iur. I, 17.

[2]) Hartmann, Obl. S. 166 ff. und in Iherings Jahrb. XXII, 418 ff.

[3]) Brinz, Pandekten II, S. 128 ff.

[4]) Leonhard, der Irrtum, S. 297.

„In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est."

Fehlt die Uebereinstimmung der Contrahenten bezüglich des corpus, dann kommt doch überhaupt kein Kauf zustande; und trotzdem heisst es an der angeführten Stelle: „emptio nulla est". Die Römer haben überhaupt das Wort nullus nicht im streng technischen Sinne verwendet, was auch Leonhard selbst später anerkannt hat.[1]) Von dieser rein exegetischen Frage ist aber der sachliche Unterschied, der zwischen einem mangelhaften Geschäfte und einem gar nicht vorhandenen besteht, nicht berührt[2]). Wie steht es aber dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung kannte und trotzdem den Vertrag schloss? Sollte er in diesem Falle dem Gläubiger nicht haftbar sein für den Schaden, den dieser erlitten hat, weil er auf die Gültigkeit des Vertrages baute? Das römische Recht beantwortet diese Frage verschieden, je nach der Art des Kontrakts[3]). Bei den Stipulationen ist infolge des ihnen eigenen streng formalen Charakters und der bei ihnen üblichen Buchstabeninterpretation eine Berücksichtigung des Schuldmoments ursprünglich unmöglich gewesen. Erst das prätorische Recht hat darin eine Aenderung herbeigeführt. Durch Einrücken einer exceptio doli wurde es möglich, den Gläubiger gegen ein doloses oder kulposes Verhalten des Schuldners zu schützen. Den bonae fidei-Kontrakten dagegen wohnte die Berücksichtigung derartiger Momente von Natur inne. Wenn die Quellen trotz der Nichtigkeit des Vertrages, z. B. des Kaufvertrages, eine actio empti erwähnen, so meinen sie eben damit diejenige Funktion der Klage, welche auf Be-

[1]) Leonhard, Allg. Teil § 96, S. 441.
[2]) Leonhard a. a. O. S. 428 ff.
[3]) Ude a. a. O. S. 259 ff.

seitigung der durch das dolose oder kulpose Handeln des Schuldners eingetretenen Nachteile gerichtet ist, so z. B. l 62 § 1, D de contr. empt XVIII, 1:

„Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur."

Diese Klage geht also auf Ersatz des Interesses, welches der Käufer am Nichtbestehen des Vertrages hatte. Was die Voraussetzungen der Klage anbelangt, ob dolus oder die demselben gleichgestellte culpa lata auf seiten des Schuldners vorliegen müsse, oder die Klage auch dann statthaft sei, wenn dem Verpflichteten kein Verschulden zur Last gelegt werden könne, so herrscht darüber Streit. Mommsen[1]) lässt die Klage nur bei dolus oder culpa lata des Verpflichteten zu; Ihering[2]) gründet sie allerdings auch auf eine culpa, aber eine solche, die er schon darin findet, dass jemand kontrahiert, ohne seiner Sache ganz sicher zu sein. Für das römische Recht lässt sich eine Haftung des Schuldners in diesem Falle wohl nicht annehmen. Die gemeinrechtliche Praxis schwankt. In Seufferts Archiv[3]) werden zwei Fälle mitgeteilt, von denen der eine nach Iherings Theorie entschieden wird, der andere nach der entgegengesetzten Ansicht. War der Gegenkontrahent selbst mit der Unmöglichkeit der Leistung bekannt oder infolge einer culpa lata nicht bekannt, dann wird die culpa des Verpflichteten durch die seinige kompensiert.

Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs hat das römische Recht in zwei Fällen eine Klage auf das positive Erfüllungsinteresse gegeben: beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung und eines freien Menschen als Sklaven. Hier wurde der Kaufvertrag als gültig angesehen. Hartmann[4]) will diese Ausnahme auch bei allen anderen

[1]) Mommsen, Beitr. Bd. I, S. 108 u. 9.
[2]) Ihering, Jahrb. Bd. IV.
[3]) Seufferts Archiv: XXI, 29 u. XXXI, 129.
[4]) Hartmann, d Obl. S. 182.

res extra commercium Platz greifen lassen, wenn bei ihnen eine ähnliche Schwierigkeit des Erkennens vorliegt.[1])

Auch Leonhard[2]) nimmt für das römische Recht Gültigkeit des Kaufvertrages, der eine res religiosa zum Gegenstande hat, an und zwar ursprünglich wohl nur nach prätorischem, später auch nach civilem Recht. Dieser Ansicht dürfte wohl die oben (S. 24) citierte l 62 § 1 Dig XVIII, 1 entgegenstehen. Wenn es daselbst heisst: „licet emptio non teneat", so ist dies wohl dahin zu deuten, dass der Kaufvertrag zwischen den Kontrahenten nicht bindend wirkt. Erzeugt aber eine Obligation nicht dieses vinculum zwischen den Kontrahenten, dann fehlt ihr eines ihrer wesentlichen Momente, dann besteht sie mithin selbst nicht. Wenn Leonhard sagt, in dem „licet emptio non teneat" könne man ebensogut die Bestimmung finden, dass der Käufer nicht für die Erfüllung, sondern bloss für das Erfüllungsinteresse haften soll, wie die Verneinung der letzteren Haftung im Gegensatze zur Haftpflicht für das negative Interesse, so wären, da eine Verneinung der Haftung für die Erfüllung bei Kaufverträgen, die eine res religiosa zum Gegenstande haben, doch nicht erst ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht, die citierten Worte ein überflüssiger Zusatz. Die Worte „licet emptio non teneat" müssen also eine andere Bedeutung haben, als die, welche Leonhard ihnen beilegt, sofern man nicht etwa hier einen Anwendungsfall des Satzes: Superflua non nocent, sehen will.

Dass die Worte „quod interest eius ne deciperetur" doch wohl nur das negative Vertragsinteresse bedeuten, lässt sich nach der Ansicht des Verfassers gerade aus der von Leonhard für die gegenteilige Ansicht verwerteten Stelle[3]) entnehmen. Dort ist gesagt: „habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest

[1]) Dagegen Kleineidam, S. 23 ff.
[2]) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 26. Bd., S. 294.
[3]) § 5 inst. III, 23.

deceptum eum non esse", (für das Interesse daran, in der Hoffnung auf Vertragserfüllung nicht enttäuscht zu sein). Wenn hier damit gemeint sein sollte, dass an die Stelle der nicht möglichen Erfüllung (quod [weil] non habere ei liceat) das Erfüllungsinteresse treten solle, so wäre dies doch besser zum Ausdruck gekommen, wenn hinter den Worten: „quod sua interest" mit einem positiven Ausdruck fortgefahren worden und dem unmöglichen „habere" ein interesse an dem „habere" gegenübergestellt worden wäre. Gerade der Umstand, dass ein negativer Ausdruck gebraucht und insbesondere, dass plötzlich von einem deceptum esse die Rede ist, legt die Annahme nahe, dass der Sinn der Stelle der sein sollte: Weil der Käufer den Kaufgegenstand nicht haben und auch ein Aequivalent in dem Erfüllungsinteresse bei einer res religiosa nicht erlangen kann, so soll er wenigstens den Schaden ersetzt erhalten, den er erlitten hat, weil er auf die Gültigkeit des Vertrages gebaut hat[1]).

Was die sogenannte subjektive Unmöglichkeit anbelangt, so spricht ihr die herrschende gemeinrechtliche Lehre eine den Schuldner befreiende Wirkung ab. Ganz ohne Einschränkungen hat Windscheid[2]) diesen Grundsatz ausgesprochen; er sagt: Ist z. B. die Unmöglichkeit eine bloss subjektive, so thut sie der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag; der Schuldner muss statt der Leistung, welche ihm unmöglich ist, dem Gläubiger sein Interesse in Geld vergüten. Dass der Schuldner bei Eingehung des Vertrages die Unmöglichkeit nicht kannte, befreit ihn von dieser Verbindlichkeit nicht." Dass dieser Grundsatz, in dieser

[1]) Auf den Wunsch Leonhards wird hier noch bemerkt, dass er eine Haftung für das negative Vertragsinteresse (die Unkosten des Vertragsschlusses) überall da annimmt, wo das Erfüllungsinteresse nicht berichtigt werden kann (z. B. bei dem Verkaufe einer gar nicht vorhandenen Erbschaft). Dieses Zurückgreifen vom positiven Interesse auf das negative bezieht sich aber schon nach römischem Rechte nicht bloss auf Fälle eines nichtigen Geschäfts, sondern auch auf alle solche gültige Geschäfte, deren Gegenstand aus irgend einem Grunde nicht abgeschätzt werden kann, aber prästiert werden soll.

[2]) Windscheid, Pand. II, § 315, S. 267.

Schärfe ausgesprochen, unbillig ist, hatte Windscheid selbst empfunden, und er hatte früher auch für das römische Recht anerkannt, dass eine Berücksichtigung der schuldlosen Unkenntnis des Schuldners in gewissem Masse stattgefunden habe. Noch in der 3. Auflage seiner Pandekten hatte er das Princip dahin formuliert, dass der Schuldner nicht hafte, falls früher eine Möglichkeit der Leistung vorhanden gewesen, diese aber durch eine inzwischen eingetretene, ihm unbekannte Thatsache in eine Unmöglichkeit verkehrt worden sei. Mommsen[1]) hat die Fälle der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit in verschiedene Kategorien geteilt, und ohne die besondere Natur der konkreten Obligation zu berücksichtigen, jeder dieser Kategorieen eine verschiedene Einwirkung auf die Obligation beigelegt. Die subjektive Unmöglichkeit, die auf rechtlichen Hindernissen beruht, betrachtet er nicht als wahre Unmöglichkeit, d. h., sie hat keine liberierende Kraft; beruht sie auf faktischen Hindernissen der Erfüllung, fehlt also dem Schuldner die faktische Disposition über die Sache, so sei zu unterscheiden, ob das Fehlen der faktischen Disposition lediglich eine Folge des Fehlens des Rechts zur Sache ist, oder ob dieses Recht besteht und aus anderen Gründen dem Schuldner die Disposition entzogen ist. Nur im letzteren Falle, meint Mommsen[2]), sei eine wahre Unmöglichkeit anzunehmen; diese werde aber meist eine vorübergehende sein. In den Fällen aber, in denen eine dauernde vorhanden sei, müsse man weiter unterscheiden, ob der Schuldner beim Eingehen der Obligation von der Unmöglichkeit Kenntnis gehabt hatte oder nicht; nur die letztere stellt Mommsen der wahren Unmöglichkeit völlig gleich; der ersteren spricht er die liberierende Kraft ab. Mommsen stützt seine Ansicht vornehmlich auf l 55 D. de act. empt. vend. XIX. 1, welche lautet: „Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat valere emptionem et

---

[1]) Mommsen, Beiträge, Bd. I.

[2]) Mommsen, Bd. I, 18—21, 220—227.

stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium: potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, etiamsi officio iudicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit". Den Grund für eine andere Behandlung der auf faktischen wie der auf rechtlichen Hindernissen beruhenden subjektiven Unmöglichkeit sieht Mommsen[1]) darin, dass die ersteren so plötzlich eintreten können, dass sich der Schuldner in Ansehung ihrer in völlig entschuldbarem Irrtum zur Zeit der Uebernahme der Verpflichtung befinden kann. Im 3. Bande seiner Beiträge geht er noch einen Schritt weiter, indem er die Möglichkeit des Vorliegens eines völlig entschuldbaren Irrtums auch für rechtliche Hindernisse zulässt, so dass beide Arten von Hindernissen einander fast völlig gleichgestellt sind. Indem er sich dem von Windscheid in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift[2]) aufgestellten Princip anschliesst, giebt er die früher von ihm gemachten Unterscheidungen völlig auf und legt das Hauptgewicht auf die Entschuldbarkeit des Irrtums, wie dies in der neuen Fassung des Princips zum Ausdruck kommt: „Die sogleich vorhandene subjektive Unmöglichkeit kann nur dann in Betracht kommen, wenn der Schuldner mit derselben nicht bekannt gewesen ist, und der Grund seiner Unkenntnis darin liegt, dass das Hindernis, welches der Erfüllung entgegensteht, durch ein inzwischen eingetretenes Ereignis herbeigeführt ist". Hartmann[3]) verwirft, abgesehen von dem Ausdruck „subjektive Unmöglichkeit" auch die Unterwerfung der dahin gehörigen Fälle unter bestimmte, von vornherein festgetzte Regeln, die das Wesen der einzelnen konkreten Obligation nicht berücksichtigten, sondern für alle Obligationen unterschiedslos aus anderen Gesichtspunkten heraus aufgestellt wären. Nach Hartmann sei vielmehr die Natur der einzelnen Obligation ins Auge zu fassen und danach zu bemessen, „ob das Soll der Obli-

[1]) Mommsen, S. 407—409.
[2]) II. Bd., S. 106 ff.
[3]) Hartmann, die Obl. S. 199.

gation vor den einzelnen Hindernissen Halt machen müsse oder nicht". So sei einmal zu unterscheiden zwischen den obligationes stricti iuris und den bonae-fidei-Kontrakten; bei den ersteren bleibe der Schuldner schlechthin zur Leistung verpflichtet, bei den letzteren sei die Obligation zwar rechtsgültig eingegangen; ob aber der Schuldner auf das volle Erfüllungsinteresse hafte, richte sich nach dem Charakter der einzelnen Obligation; hierbei komme insbesondere der Gesichtspunkt der entgeltlichen und unentgeltlichen Verträge in Betracht. Hartmann hat dagegen nicht erklärt, warum die Römer bei den obligationes stricti iuris auf das Kennen oder Kennenmüssen der subjektiven Unmöglichkeit kein Gewicht gelegt haben. Der Grund dafür ist in der schroffen, einseitigen Betonung der Rechtssicherheit im alten ius civile zu suchen. Das ius civile klammert sich an ein äusseres Merkmal: alii possibile und alii non possibile, lässt dagegen das innere: das Kennen oder Kennenmüssen ausser Betracht. Dernburg[1]) nimmt bei den difficultates Gültigkeit des Vertrages an, bei den Fällen subjektiver Unmöglichkeit dagegen Nichtigkeit. Belegstellen citiert er für letztere nicht. Bei dem Vorliegen subjektiver Unmöglichkeit giebt er stets eine Klage auf das positive Vertragsinteresse, vorausgesetzt, der Gegenkontrahent kannte die Unmöglichkeit nicht und brauchte sie auch nicht zu kennen. Dass eine derartige Klage bei Nichtigkeit des Vertrages nie statthaben kann, ist bereits oben (S. 22 ff.) ausgeführt worden. Die Römer haben einen Unterschied zwischen difficultates und subjektiver Unmöglichkeit dagegen nicht gemacht. Die Ausdrücke „subjektiv" und „objektiv" stammen überhaupt erst aus der Zeit des Scholasticismus. Für das römische Recht ist zu sagen, dass es bei den obligtiones stricti iuris den Fällen subjektiver Unmöglichkeit keinerlei Einwirkung auf das Schuldverhältnis gestattete, dass dagegen bei den bonae fidei iudicia in gewissen Fällen Liberierung des Schuldners stattfand. Jedoch enthalten die Quellen

[1]) Dernburg, Pand. II, § 16.

hierüber so wenig Material, dass sich ein Princip kaum ableiten lässt. Die Pandekten tragen hier immer noch ius aequum neben ius strictum vor. Das neuere gemeine Recht, insbesondere Ihering[1]), giebt keine Klage auf Erfüllung. Ihering führt an dem angezogenen Orte folgenden Fall an. Ein Antiquar veranlasst jemanden, vom Bieten auf ein seltenes Werk abzustehen, indem er ihm sein eigenes Exemplar für den bereits gebotenen Kauf zum Preis anbietet. Dieses Exemplar war aber bereits ohne Wissen des Antiquars von dessen Leuten verkauft worden. In diesem Falle gesteht Ihering dem Käufer nicht die Erfüllungsklage zu, „da ein bestimmt bezeichnetes Exemplar von den Kontrahenten ins Auge gefasst worden sei, und dieses nicht existiere". Er sieht vielmehr den Kontrakt als nichtig an und giebt dem Käufer nur eine Klage auf das negative Vertragsinteresse.

Der romanistische Begriffsdoktrinarismus führte dann insofern zu einem Rückschritt, als er den Schuldner beim Vorliegen subjektiver Unmöglichkeit unbedingt haften liess.

§ 6. b. Nachfolgende Unmöglichkeit.

Hinsichtlich der nachfolgenden objektiven Unmöglichkeit besteht kein Streit; sie liberiert den Schuldner stets, wenn ihn hinsichtlich des Eintritts derselben keine Schuld trifft, vorausgetetzt, dass er nicht auch für casus haftet. Der Umfang der bei den einzelnen Obligationen zu prästierenden Sorgfalt ist natürlich verschieden. Die nachfolgende subjektive Unmöglichkeit wird von der herrschenden Lehre[2]) der objektiven völlig gleichgestellt. Hartmann[3]) gebührt das Verdienst, nachgewiesen zu haben, dass objektive und subjektive Unmöglichkeit bei den stricti iuris obligationes anders behandelt wurden als bei den bonae fidei iudicia, indem bei den ersteren der Schuldner trotz Fehlens einer culpa durch den Eintritt subjektiver Erfüllungshindernisse

[1]) Jahrb. Bd. IV, S. 68.

[2]) Windscheid, Pand. II, § 264, S. 82.

[3]) Hartmann, Die Obl., S. 222 ff.

nicht liberiert wurde. Bei den bonae fidei obligationes nimmt Hartmann Befreiung des Schuldners durch subjektive Hindernisse an. Der Grund der verschiedenen Behandlung der nachfolgenden subjektiven Unmöglichkeit bei den obligationes stricti iuris und den bona fidei contractus ist auch hier die einseitige Betonung der Rechtssicherheit, einseitig deshalb, weil sie keine Rücksicht nimmt auf das Moment der Schuld. Die Befreiung tritt aber nach Hartmann nicht schon dann ein, wenn der Verpflichtete die bei jeder konkreten Obligation erforderliche Sorgfalt prästiert habe und er somit an dem Eintritt des Hindernisses keine Schuld trage; vielmehr muss er ausserdem noch eine der Anforderungen der guten Treue genügende, auf das Hinwegräumen der Hindernisse gerichtete Thätigkeit entfaltet haben. Dem ist beizupflichten, denn auch diese Thätigkeit liegt noch im Bereiche der von einem pater bonus familias zu prästierenden diligentia.

§ 7. 2. Preussisches Recht.

Was das preussische Recht betrifft, so ist zu bemerken, dass es im allgemeinen auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts steht. Dass Preussische Allgemeine Landrecht spricht von einer absoluten und einer hypothetischen Unmöglichkeit. Ueber die Begriffe sind jedoch die Schriftsteller des Preussischen Landrechts nicht einig. Während z. B. Dernburg[1]) unter dem hypothetisch Unmöglichen dasjenige versteht, was an und für sich denkbar, doch unter den gegebenen Umständen insbesondere nach den geltenden Gesetzen unmöglich ist und z. B. die Leistung eines bereits gefallenen Pferdes zu den hypothetisch unmöglichen Leistungen zählt, rechnet Förster-Eccius[2]) die Leistung einer nicht mehr existierenden Sache zu den unbedingt, absolut unmöglichen. Dieser letzteren Ansicht ist beizutreten. Beachtenswert ist im Pr. A. L. R., dass die Haftung des zur Leistung Ver-

[1]) Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Rechts Bd. II, S. 47 ff.
[2]) Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. Bd. I, S. 387.

pflichteten in mehrfacher Hinsicht verschärft ist. So sind Verträge über hypothetisch unmögliche Leistungen nicht ohne rechtliche Folgen. Diese zeigen sich darin, dass beim Wegfall der Unmöglichkeit der Vertrag wieder auflebt. A. L. R. I., 5, § 57. Ferner findet sich beim Kauf die Bestimmung, dass der Verkäufer einer nicht mehr existenten Sache dem Käufer das Interesse zu leisten hat, falls nur er um das Nichtvorhandensein der Sache wusste. Und zwar ist aus I, 11 § 41 A. L. R. zu schliessen, dass das positive Erfüllungsinteresse gemeint ist. Noch ein dritter Punkt bedarf der Erwähnung. Ein nachträglich in der Person des Schuldners eintretendes unverschuldetes Erfüllungshindernis hat bisweilen nicht, wie im gemeinen Recht, Liberierung des Schuldners zur Folge, sondern giebt einen Ersatzanspruch, so in I, 5 § 369 und I, 11 §§ 884, 886, 938.

III. Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B.

1. Anfängliche Unmöglichkeit.

§ 8. a) Vorgeschichte.

Welche Stellung nimmt nun das B. G. B. zu den erörterten Fragen ein? Von Unmöglichkeit der Leistung spricht das Gesetzbuch zu wiederholten Malen, so bei dem alternativen Schuldverhältnis, ferner von der Unmöglichkeit, die nach der Entstehung eines Schuldverhältnisses eintritt, von dem Vertrage über eine unmögliche Leistung, von der Unmöglichkeit während des Verzuges, von dem Einfluss der Unmöglichkeit auf die Gegenleistung, von der Unmöglichkeit in der Person eines Gesamtgläubigers und Gesamtschuldners und beim Vermächtnis. Die für das Thema dieser Arbeit in Frage kommenden Bestimmungen sind diejenigen, welche den Einfluss der objektiven Unmöglichkeit und des Unvermögens des Schuldners auf das obligatorische Verhältnis regeln. Das hierbei gewonnene Resultat wird dann auch in den anderen Fällen, in denen das B. G. B.

die Unmöglichkeit behandelt, zu verwerten sein. Natürlich können diese in den Rahmen der Erörterungen nicht hineingezogen werden.

Das B. G. B. behandelt Unmöglichkeit und Unvermögen an verschiedenen Orten, je nachdem die Erfüllungshindernisse gleich anfänglich vorlagen oder erst nachher eintraten. Diese Behandlungsweise hat nicht allgemeinen Anklang gefunden. Goldschmidt[1]) missbilligt eine derartige Trennung, indem er sagt, die Uebersichtlichkeit werde durch dieselbe gestört; doch mit Unrecht. Da das B. G. B. überhaupt zwischen anfänglichen und nachfolgenden Erfüllungshindernissen unterscheidet — und diese Unterscheidung ist aus den oben (S. 10 ff.) angegebenen Gründen geboten —, so musste es sie auch an verschiedenen Stellen behandeln; die ersteren können in der Regel nicht bei Schuldverhältnissen vorliegen, welche das Recht an bestimmte Thatbestände knüpft; sie sind daher erst dort zu behandeln, wo von den aus Rechtsgeschäften entspringenden obligatorischen Verpflichtungen die Rede ist. Das B. G. B. regelt nun die anfängliche Unmöglichkeit und das anfängliche Unvermögen des Schuldners in folgender Weise:

Der Entwurf I. Lesung hatte in § 344 die Bestimmung getroffen:

„Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstösst, so ist derselbe nichtig.“ Auf Anregung von Hachenburg[2]) wurden die letzten beiden Fälle aus § 344 ausgeschieden und in den Allgemeinen Teil verwiesen. Der Satz, dass unmögliche Geschäfte nichtig sind, hätte zwar ebenfalls in den allgemeinen Teil gepasst. Mit diesem Satze aber war die Vorschrift zu verbinden, dass trotzdem für gewissen Schaden zu haften sei, und diese konnte nur in das Forderungsrecht gestellt werden. In dem Entwurf II. Lesung lautet daher § 259 Abs. 1:

[1]) Krit. Erörterungen: Heft I, S. 35, Anm. 3.
[2]) Gutachten, 1, S. 110.

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“ Dies ist jetzt die Fassung des § 306. Was das Unvermögen des Schuldners anbelangt, so enthielt der Entwurf I. Lesung den Satz: „Ein Vertrag ist deshalb nicht ungültig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht. Ein Vertrag über die Handlnng eines Dritten verpflichtet im Zweifel den Versprechenden, für den Erfolg seines Versprechens einzustehen.“ In der II. Lesung wurden jedoch beide Absätze gestrichen, der zweite mit dem Bemerken, die freie Auslegung könnte dadurch beengt werden. Für die Streichung des ersten findet sich in den Protokollen zur II. Lesung die Begründung, „es bestehe für den Entwurf um so weniger Anlass, an dieser Stelle den Grundsatz des § 348 Abs. 1 besonders auszusprechen, als sich derselbe u. a. schon aus den Vorschriften des Entwurfs über die Gewährleistung des veräusserten Rechtes mit hinreichender Deutlichkeit ergebe.“ Diese Bemerkung steht offenbar in Zusammenhang mit einer Stelle in den Motiven, welche lautet: „Aus dem Grundsatze, dass das bloss subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt lässt, beantwortet sich auch die besonders in der Doktrin des gemeinen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräusserung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist. Der Schuldner hat gemäss der Vorschrift des § 298 dem Cessionar die Existenz der Forderung zu gewährleisten etc.“ In beiden Stellen kommt ein Irrtum zum Vorschein. Ist der Verkauf einer nicht existierenden Forderung oder eines anderen nicht existierenden Rechts ein Fall subjektiven Unvermögens? Doch wohl der objektiven Unmöglichkeit. Nur bildet er eine Ausnahme von der Regel der Befreiung des Schuldners bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit. Und sollte den Verfassern jene gemeinrechtliche Anschauung vorgeschwebt haben, nach welcher die Nichtexistenz gewisser Rechte, der persönlichen Gläubigerrechte, nur subjektives Unvermögen begründet, so gilt die in den oben erwähnten Stellen zum Ausdruck kommende Auffassung doch eben nur für

diese Rechte, nicht aber z. B. für diejenigen, die in einem Papier verkörpert sind.

Das bisherige Ergebnis ist also, dass im B. G. B. in seiner jetzigen Fassung der gleich anfangs vorhandenen subjektiven Erfüllungshindernisse weder ausdrücklich noch indirekt Erwähnung gethan wird.

§ 9. b. Die durch das B. G. B. getroffene Regelung.

1. Objektive Unmöglichkeit.

Für die Fälle objektiver Unmöglichkeit ist im § 306 bestimmt, dass ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Ausnahmen von dieser Regel enthält § 308 B. G. B. Derselbe bestimmt in seinem ersten Absatz: „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird.“ Danach ist also auch ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig, wenn der Wegfall der Unmöglichkeit zur Bedingung gesetzt ist und ein Möglichwerden der Leistung nicht ausgeschlossen ist.

Nach Absatz 2 desselben Paragraphen sind ferner die unter einer anderen als der im Absatz 1 genannten Bedingung oder unter einer Befristung geschlossenen, auf eine unmögliche Leisung gerichteten Verträge gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird. Dabei wird mit Kleineidam[1]) anzunehmen sein, dass ein derartiger Vertrag auch dann gültig ist, wenn die Unmöglichkeit der Leistung erst zugleich mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird. Während nun die ältere gemeinrechtliche Lehre[2]) nur bei dolus und culpa lata eine Haftung für das negative Vertragsinteresse annahm, die neueste gemeinrechtliche Doktrin (insb. Jhering)[3]) dagegen bei jeder durch Vertrag

[1]) Kleineidam, S. 33

[2]) Mommsen, Beitr. I, S 108 ff.

[3]) Ihering, Jahrb. Bd. IV.

übernommenen Verpflichtung eine damit übernommene Garantieübernahme für die Möglichkeit der Ausführung annahm und demgemäss das Nichtwissen des Schuldners von der Unmöglichkeit schlechthin als unentschuldbar ansah, hat der Entwurf I. Lesung einen vermittelnden Standpunkt eingenommen, indem er den Schuldner nicht bloss bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften, sondern für jedes Verschulden einstehen liess. Ein bei der II. Lesung eingebrachter Antrag,[1]) das Erfordernis der culpa fallen zu lassen, wurde mit der Begründung abgelehnt, es könne in dieser Hinsicht ein Verkehrsbedürfnis nicht anerkannt werden. Der Standpunkt des Entwurfs I. Lesung gilt also auch für die jetzige Fassung. Was die Frage anbelangt, welcher Grad von Fahrlässigkeit von dem Schuldner zu vertreten ist, so wird anzunehmen sein, dass, da ein Schuldverhältnis nicht besteht, auch nicht derjenige Grad von Fahrlässigkeit für die Haftung des Schuldners gemäss § 307, Abs. 1 massgebend ist, welcher in dem in Frage stehenden Schuldverhältnis zu vertreten ist, sondern dass die Bestimmungen des § 276 B. G. B. Platz greifen, mithin die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu prästieren ist. Dieselbe Sorgfalt ist auch von dem Gegenkontrahenten hinsichtlich der Kenntnis von der Unmöglichkeit zu prästieren.[2]) Die Ersatzpflicht bei dem Vorliegen eines Verschuldens auf seiten des Versprechenden tritt aber dann nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste (compensatio culpae) § 307, 1, B. G. B. Sie findet ferner eine Grenze in dem Betrage des positiven Interesses. § 307, 1.

2. Subjektives Unvermögen.

Da das B. G. B. über das subjektive Unvermögen keine Bestimmungen enthält, so müssen zunächst die Motive ge-

[1]) Prot. II, S. 452 v. Bd. I.

[2]) So Kleineidam, a. a. O. S. 38; Planck, Commentar zu § 307, Anm. 1; Windscheid, 8. Aufl. II, S 270.

fragt und gewürdigt werden. Diese sagen zu § 344[1]): „Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen.“ Und S. 177 ist von dem „Grundsatz“ die Rede, dass das blosse subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt lässt. Es ist also klar ausgesprochen, dass das, was die Redaktoren unter subjektivem Unvermögen verstanden haben, keine den Schuldner liberierende Kraft besitzen sollte. Dazu ist zu bemerken: Einmal befanden sich die Redaktoren selbst im Irrtum über die Tragweite des Begriffes „subjektives Unvermögen“; denn sonst hätte nicht der (S. 42) citierte Satz in den Motiven Aufnahme finden können, nach welchem schlechthin von nicht existierenden Forderungen gesagt wurde, ihr Verkauf begründe nur ein subjektives Unvermögen. Aber auch abgesehen davon, sagen die Motive[2]): „Ein solches subjektives Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes, noch als nachträglich eintretendes von Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Auch das entspricht dem geltenden Recht.“

Was das nachträglich eintretende Unvermögen anbelangt, so setzen sich die Motive geradezu in Widerspruch mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, nach welcher das subjektive, nach Eingehung eines Schuldverhältnisses eintretende Unvermögen den Schuldner stets befreit, wenn es unverschuldet ist. Und auch hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens lässt sich eine Liberierung des Schuldners in gewissen Fällen nicht leugnen. (Vergl. Mommsen Bd. 1, S. 20). Was mit diesen Erörterungen gewonnen worden ist, ist zunächst nur etwas Negatives; es ist der Nachweis zu führen versucht worden, dass die Motive keinen Anhaltspunkt geben können und dürfen für die Beantwortung der Frage, welchen Einfluss subjektives anfängliches Unvermögen nach dem neuen Reichsrecht auf

[1]) Mot. II, S. 176.
[2]) Mot. II, S. 4[5].

das Schuldverhältnis ausübt. Es sind daher andere Gesichtspunkte zur Lösung der Frage heranzuziehen.

Will man dem subjektiven Unvermögen einen Einfluss auf das Schuldverhältnis absprechen, dann muss man dies ohne irgendwelche Einschränkungen thun. Ausnahmen zu schaffen und für gewisse Fälle Abweichungen von dem einmal angenommenen Prinzip zuzulassen, wäre man dann nur auf Grund einer positiven Gesetzesvorschrift oder analogen Anwendung einer solchen berechtigt. Also auch in den Fällen, in denen das römische und gemeine Recht eine Befreiung des Schuldners anerkannt haben, müsste der Schuldner gebunden bleiben. Dies würde aber einen Rückschritt bedeuten; denn es würde damit eine Entwickelung gänzlich abgeschnitten werden, die auf eine immer ausgedehntere Berücksichtigung der subjektiven Erfüllungshindernisse hinstrebt. Man könnte die einzelnen Etappen dieser Entwickelung folgendermassen charakterisieren:

1. Etappe[1]): obligationes stricti iuris; Gültigkeit des Vertrages, Anspruch auf das positive Erfüllungsinteresse;
2. Etappe: bonae fidei = Kontrakte und ältere gemeinrechtliche Lehre; Gültigkeit des Vertrages, bisweilen Befreiung von der Schadensersatzpflicht;
3. Etappe[2]): neuere gemeinrechtliche Doktrin (insbes. Ihering); Nichtigkeit des Vertrages, aber stets Anspruch auf das negative Vertragsinteresse.
4. Etappe: Romanistischer Doktrinarismus. Bei objektiver Unmöglichkeit wird niemals für das Interesse gehaftet; bei subjektiver Unmöglichkeit liegt ein gültiger Vertrag vor und wird rücksichtslos gehaftet.

Die Motive stehen auf dem Standpunkt der 4. Etappe. Soll nun die irrige Ansicht der Motive der ersten Lesung ein Auslegungsmittel der zweiten sein? Die zweite Lesung

---

[1]) l 137 § 5 Dig. de verb. obl. XXXXV, 1.

[2]) Ihering, Jahrb. Bd. 4, S. 68.

hat sich vom romanistischen Begriffsdoktrinarismus möglichst freigemacht und auf Zweckgesichtspunkte hingestrebt. Sollte es nicht dieser Umwandlung entsprechen, die Motive der ersten Lesung auch hier ad acta zu legen? Die zweite Lesung lässt hinsichtlich des anfänglichen Unvermögens eine Lücke. Sollte man nicht berechtigt sein, sie im Geiste eines Gesetzgebers auszufüllen, der das für angemessen hält, was der bisherigen rechts- und dogmengeschichtlichen Entwickelung entspricht? Es liegt ganz im Geiste dieser Entwickelung, für das B. G. B., da es positive Bestimmungen darüber nicht enthält, Gleichstellung der objektiven und subjektiven Erfüllungshindernisse in ihrem Einfluss auf das obligatorische Verhältnis anzunehmen. Damit wird ein bis heute erhalten gebliebenes Stück des starren römischen ius civile über Bord geworfen. Die Unbilligkeit, die darin liegen würde, das objektiv Unmögliche erzwingen zu wollen, liegt in gleicher Weise bei dem subjektiven Unvermögen vor. Den Anschauungen von Billigkeit und Zweckmässigkeit widerspricht es völlig, den Schuldner beim Vorliegen eines subjektiven Unvermögens, das er gar nicht kannte, noch zu kennen brauchte, haften zu lassen: und kannte er dasselbe, oder beruhte seine Nichtkenntnis auf einem Verschulden seinerseits, dann ist ja stets gemäss § 307 B. G. B. der in diesem Paragraphen näher bestimmte Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben. Das Gefühl von der Unbilligkeit und Unzweckmässigkeit der bisherigen Regelung der subjektiven Unmöglichkeit, welches die Römer veranlasst hat, vom ius strictum abzuweichen, um in einzelnen Fällen bei den bonae fidei iudicia eine Liberierung des Schuldners eintreten zu lassen, welches ferner Mommsen ein gekünsteltes System hat aufstellen lassen, um in gewissen Fällen subjektiver Unmöglichkeit die strenge Haftung des Schuldners zu beseitigen, und welches schliesslich Ihering dazu gebracht hat, beim Vorliegen subjektiver Unmöglichkeit stets Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen, wenn auch immer unter Zuerkennung eines Anspruches auf das negative Vertragsinteresse, dieses Gefühl ist jetzt

durch die Abwesenheit einer im Texte enthaltenen Unterscheidung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit beseitigt.

Dadurch, dass im § 307 d. B. G. B. das Erfordernis eines Verschuldens des Verpflichteten aufgestellt ist, hat das B G. B. die Annahme einer Garantieübernahme verneint. Es ist also zugleich die Annahme verneint, dass sich der Versprechende durch den Akt des Eingehens eines Vertrages verpflichte, für das Nichtvorhandensein von Umständen einzustehen, welche die Erfüllung hindern könnten. Unter diesen Umständen werden im allgemeinen nur die objektiven Hindernisse verstanden, so dass eine Garantieübernahme für das Nichtvorhandensein subjektiver Hindernisse der Erfüllung als bestehend angesehen wird. Und hierauf allein gründet man die Gültigkeit des Vertrages und das Fortbestehen der Haftung des Schuldners trotz des Vorliegens derartiger Hindernisse. Gelingt es nun nachzuweisen, dass es im Sinne des B. G. B. liegt, die Verneinung der Garantiepflicht auch auf die subjektiven Hindernisse zu erstrecken, dann wird der Annahme der Gültigkeit des Schuldverhältnisses der Boden entzogen. Die Protokolle zur II. Lesung sagen auf Seite 453: „Es müsse unterstellt werden, der Verkäufer wolle nur unter der Voraussetzung verkaufen, dass das Kaufobjekt wirklich vorhanden sei.“ Lässt sich nicht mit demselben Recht sagen, der Verkäufer habe den Gegenstand nur unter der Voraussetzung veräussert, dass ihm nicht das Recht auf denselben oder die faktische Disposition über ihn entzogen worden sei? Oder sollte es ihm schwerer fallen, sich von der Existenz eines Gegenstandes zu überzeugen als z. B. davon, ob derselbe sich noch in seiner Verfügungsgewalt befindet? Und will man ihn aus diesem Grunde bei Nichtexistenz nicht haften lassen? Gewiss nicht. Die Protokolle begründen die Aufstellung des Erfordernisses eines Verschuldens auf Seiten des Verpflichteten auch noch in der Weise, dass sie sagen: „Beide vertragschliessenden Teile seien in der Lage, über die Existenz des Gegenstandes der Leistung Ermittelungen

anzustellen.“ Das wird dem Gegenkontrahenten in sehr vielen Fällen unmöglich sein, zumal dann, wenn sich der zu leistende Gegenstand nicht an dem Orte des Vertragsabschlusses befindet. Bisweilen wird diese Begründung zutreffen; dann aber wird mit demselben Recht zu sagen sein, der Gegenkontrahent hätte sich über die Dispositionsbefugnis des Verpflichteten z. B. unterrichten können. Also auch mit dieser Argumentation ist für die gegnerische Ansicht nichts gewonnen. Das Unterscheidungsmerkmal, welches angiebt, wann bei Verträgen eine Garantieübernahme anzunehmen ist und wann nicht, ist auf anderem Wege zu suchen. Die Protokolle selbst geben einen Fingerzeig. Sie weisen auf die Fälle hin, in denen das B. G. B. eine Garantiepflicht dadurch anerkennt, dass es ohne Rücksicht auf Verschuldung haften lässt; es sind die der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung (§ 118) und des Irrtums (§ 119). Hier liegt der Grund der Anerkennung einer Garantiepflicht darin, dass es sich um Vorgänge in der Seele des sich Verpflichtenden handelt, die für den Gegenkontrahenten nicht wahrnehmbar sind. Stehen dagegen Vorgänge in der äusseren Rechtsgüterwelt in Frage (Untergang einer Sache oder Abhandenkommen derselben), dann ist eine Garantiepflicht nach dem B. G. B. nicht anzunehmen. Diese Unterscheidung: Vorgänge in der Seele und Vorgänge in der Rechtsgüterwelt, ist allein haltbar. Sie giebt auch den Schlüssel zur Lösung der Frage, ob der Schuldner bei Eingehung eines Vertrages zugleich für das Nichtvorhandensein subjektiver Erfüllungshindernisse einzustehen sich verpflichte, und beantwortet sie in verneinendem Sinne. Es ist also die Verneinung der Annahme eines Garantieversprechens nicht bloss auf objektive Hindernisse zu beschränken mit der Wirkung, die Verpflichtung des nicht fahrlässig handelnden Schuldners zur Leistung des negativen Vertragsinteresses auszuschliessen, sondern vielmehr allgemein aufzufassen als Ablehnung der Annahme einer Garantiepflicht für die Möglichkeit der Ausführung des Vertrages überhaupt. Und damit wird, was die subjektiven Erfüllungshindernisse

anbelangt, auch die Entstehung eines Schuldverhältnisses bei deren Vorliegen verneint[1] u. [2]).

Entspricht es nun vielleicht den bisherigen Rechtsanschauungen und dem Geiste des B. G. B. hinsichtlich der Gattungsschulden und insbesondere des häufigsten Falles derselben, der Geldschulden, eine Ausnahme von dem soeben erörterten Grundsatz der befreienden Kraft des anfänglichen Unvermögens zu machen und trotz des Vorliegens des letzteren Gültigkeit des Vertrages anzunehmen? Für Geldschulden ist, wie Hartmann[3]) für das römische und gemeine Recht ausführt, in der Regel keine Exkulpation zugelassen. Hartmann findet den Grund dafür in der Natur des Geldes als der fungibelsten Sachenart unter allen Fungibilien. Während ferner nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts[4]) im allgemeinen eine nicht rechtzeitige Erfüllung eines Vertrages erst dann den Schuldner in Verzug bringt, wenn dem Schuldner eine culpa zur Last fällt, gerät der Schuldner bei einer Geldleistung oder Leistung einer Gattungsschuld auch dann in Verzug, wenn er ohne seine Schuld zahlungsunfähig geworden ist[5]). Die Gattungsschulden und insbesondere die Geldschulden nehmen also eine Sonderstellung ein.[6])

Der tiefere Grund der besonderen Behandlung der Gattungsschulden ist wohl der, dass bei denselben die Gefahr einer trügerischen Exkulpation des Leistungsfähigen besonders nahe liegt. Dieser Gefahr sollte dadurch vorgebeugt werden, dass dem Schuldner das Vorbringen von

[1]) Nicht ausgeschlossen ist natürlich eine ausdrückliche Garantieübernahme und zwar auch für das Fehlen objektiver Erfüllungshindernisse (vergl. auch Kleineidam, S. 44 ff.)

[2]) Auch Szkolny-Caro nehmen eine absolute Garantiepflicht nicht an.

[3]) Hartmann, S. 257.

[4]) Wächter II, 399.

[5]) Anderer Meinung Windscheid, VIII. Aufl., S. 119.

[6]) Dieser Umstand mag wohl auch Dernburg veranlasst haben, die mangelnde Zahlungsfähigkeit nicht unter das subjektive Unvermögen zu rechnen. Vergl. oben S. 16 ff. Vergl. auch zu dieser Frage Kisch a. a. O. S. 108 ff.

Exkulpationsgründen schlechthin versagt wurde. Dies ist wohl auch der Grund zu der Aufnahme der Bestimmung des noch später zu erörtenden § 279 in das B. G. B. gewesen. Derselbe lautet:

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

Es liegt nun ganz im Geiste der bisherigen Rechtsanschauungen wie auch im Sinne des B. G. B., die Bestimmungen des § 279 B. G. B. analog auf das anfängliche Unvermögen anzuwenden. Der Schuldner wird also bei dem Vorliegen einer Gattungsschuld, insbesondere einer Geldschuld, nicht befreit, auch wenn er ohne seine Schuld leistungsunfähig geworden ist. Diese analoge Anwendung von § 279 auf das anfängliche Unvermögen war auch in Anm. 1 zu § 306 der III. Auflage von Fischer und Henle vorgeschlagen.

In der Litteratur über die Frage des Einflusses subjektiven Unvermögens auf das Schuldverhältnis sind die Ansichten geteilt. Stammler[1]) spricht sich ebenfalls für die Nichtigkeit des Vertrages bei dem Vorliegen eines subjektiven Unvermögens aus, ohne jedoch seine Ansicht näher zu begründen. Wenn er übrigens sagt, „es sei dem B. G. B. die Durchführung des Grundsatzes, dass in den Fällen einer nur subjektiven Unmöglichkeit der darauf gerichtete Vertrag nichtig ist, um so leichter gewesen, als es in jedem Falle einer auf solchem Grunde beruhenden Nichtigkeit den Anspruch des Geschädigten auf das negative Vertragsinteresse anerkannt habe, so ist dies dahin zu berichtigen, dass nach § 307 ein derartiger Anspruch doch nur dann gegeben wird, wenn der Verpflichtete das Vorliegen des Erfüllungshindernisses kannte oder kennen musste, und auch dann nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der andere

1) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 107.

Kontrahent dasselbe nicht kannte und nicht zu kennen brauchte. In der 2. Auflage des B. G. B. von Fischer und Henle[1]) war Gültigkeit des Vertrages beim Vorliegen anfänglicher subjektiver Erfüllungshindernisse angenommen worden. In der 3. Auflage[2]) dagegen wurde ausdrücklich hervorgehoben, „es mache keinen Unterchied, ob die Unmöglichkeit in der Person des Schuldners begründet sei oder nicht; es komme nur darauf an, ob die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses bezw. beim Eintritt einer gesetzten Bedingung oder Fristbestimmung unmöglich gewesen sei. Die 4. Auflage vertritt wieder denselben Standpunkt wie die 2.; in Anm 1 zu § 306 ist daselbst gesagt: „Das Unvermögen steht der Unmöglichkeit hier nicht gleich, sofern nicht dadurch jegliche Erfüllung unmöglich gemacht wird". Eine analoge Anwendung von § 279 B. G. B. auf das anfängliche Unvermögen konnte bei dem veränderten Standpunkt der 4. Auflage in dieser natürlich nicht mehr vorgeschlagen werden.

Planck[3]) schliesst aus dem Mangel einer Vorschrift über die Folgen einer bereits bei der Entstehung des Schuldverhältnisses bestehenden subjektiven Unmöglichkeit, „dass eine solche keine rechtliche Folgen haben könne." Er begründet seine Ansicht damit, dass er sagt, das B. G. B. nehme eine Garantiepflicht des Schuldners für seine Leistungsfähigkeit an. Es ist oben (S. 40) versucht worden, diese Annahme zu widerlegen. Plancks Ansicht wird auch geteilt von Endemann[4]), Goldmann-Lilienthal[5]), Oertmann[6]) und Hellmann.[7]) Szkolny und Caro[8]) nehmen beim Vorliegen eines subjektiven Unvermögens zwar Gültigkeit des

[1]) Anm. 1 zu § 275.
[2]) Anm. 1 zu § 306.
[3]) Planck, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, S. 47.
[4]) Endemann a. a. O. Bd. I, S. 553/54.
[5]) Goldmann-Lil. a. a. O., S. 101.
[6]) Oertmann, Kommentar zu § 306.
[7]) Hellmann a. a. O., S. 429.
[8]) Szkolny u. Caro a. a. O., S. 429.

Vertrages an, lassen aber den Schuldner unter Verneinung einer absoluten Garantiepflicht nur bei Verschulden für das positive Erfüllungsinteresse haften; bei unverschuldetem Nichtkennen des Unvermögens lassen sie dagegen Befreiung eintreten. Nahezu derselben Meinung ist im Wesentlichen Leonhard, der auch bei dem anfänglichen subjektiven Unvermögen Gewicht darauf legt, ob es von dem, der das Unmögliche verspricht, zu vertreten ist. Nach der Ansicht des Verfassers ist die von Szkolny-Caro gemachte Unterscheidung nicht haltbar; wird bei dem Vorliegen subjektiven Unvermögens Gültigkeit des Vertrages angenommen, dann kann eine Befreiung des Schuldners auch dann nicht eintreten, wenn sich der Schuldner in unverschuldeter Unkenntnis bezüglich des Unvermögens befand; um diese Befreiung eintreten zu lassen, wäre eine besondere Gesetzesbestimmung erforderlich; und eine solche fehlt. Dernburg sieht den Unterschied zwischen objektiver Unmöglichkeit und subjektivem Unvermögen nur darin, „dass der Gläubiger nicht bloss auf das negative Vertragsinteresse verwiesen ist, sondern einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt." Der Vertrag ist mithin nach Dernburg ebenfalls nichtig. Dass die Ansicht, trotz Nichtigkeit des Vertrages könne ein Anspruch auf das positive Erfüllungsinteresse bestehen, unhaltbar ist, wurde bereits oben dargethan. Anderer Meinung ist, wie schon erwähnt, Leonhard (o. S. 25). Kleineidam (a. a. O. S. 46) hält ebenfalls die Bestimmung des § 306 B. G. B. auf die Fälle des Vorhandenseins eines ursprünglichen schuldnerischen Unvermögens nicht für anwendbar und zwar wegen der begrifflichen Verschiedenheit von Unmöglichkeit und Unvermögen. Das Unvermögen des Schuldners hindere die vertragsmässige Erfüllung gar nicht, da jeder Dritte erfüllen könne, ohne dass die Identität der Leistung berührt werde. Ist denn aber diese begriffliche Verschiedenheit von Unmöglichkeit und Unvermögen nicht auch dann noch vorhanden, wenn Unmöglichkeit und Unvermögen nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten? Kann nicht auch bei nachfolgendem Unvermögen

die Leistung, ohne dass ihre Identität berührt wird, von einem Dritten vorgenommen werden? Und doch ist das nachfolgende Unvermögen der nachfolgenden Unmöglichkeit im Princip gleichgestellt. Rechtssätze dürfen vor allem nicht aus Begriffen hergeleitet werden, sondern nur aus den Bedürfnissen. Im übrigen neigt Kleineidam, wie schon in der Einleitung erwähnt wurde, selbst der Ansicht zu, dass die Verneinung der Befreiung des Schuldners durch anfängliches Unvermögen nicht stets den praktischen Bedürfnissen entspricht. (Vergl. Anm. 10 S. 47).

Cosack[1]) glaubt zwar eine Unterscheidung von anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglichem Unvermögen nach dem Gesetzbuch annehmen zu müssen, bezeichnet diese Unterscheidung aber als „der inneren Begründung entbehrend." Aus dem von ihm gewählten Beispiel geht, wie Cosack selbst zugiebt, klar hervor, zu welch' unbilligen Resultaten man bei verschiedener Behandlung der anfänglichen objektiven und subjektiven Erfüllungshindernisse gelangt. A verkauft an B zwei Hunde, von denen der eine, wie A hätte wissen müssen, bereits tot war, während der andere, was A nicht wusste und auch nicht zu wissen brauchte, dem C gehörte. C erzwingt die Herausgabe des Hundes. A kann die Hunde an B nicht liefern. B hatte dieselben aber bereits mit je 50 Mk. Gewinn an D verkauft. Dieser forderte für jeden Hund 20 Mk. Reugeld, die B auch zahlt. Da bezüglich der Leistung des toten Hundes objektive Unmöglichkeit vorliegt, kann B von A nur das negative Interesse, also 20 Mk., erstattet verlangen. Hinsichtlich der Leistung des dem C gehörigen Hundes liegt dagegen nur subjektives Unvermögen vor. Nach der herrschenden Meinung müsste daher A, obwohl ihm eine Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, an B das positive Interesse, also 50 Mk. erstatten. Nach der Ansicht des Verfassers würde er dagegen in diesem Falle nichts zu zahlen

---

[1]) Cosack a. a. O. Bd. I, 1. Abt., S. 333.

haben; dies entspricht weit mehr der Billigkeit.[1]) Eine juristische Grundansicht wird aber ihre sicherste Rechtfertigung darin finden, dass sie sich praktisch bewährt erweiset in der Auflösung bestehender Schwierigkeiten.[2]) Auf Schuldverhältnisse aus Vermächtnissen und andere einseitige Schuldverhältnisse finden die hier für die Verträge erörterten Grundsätze ebenfalls Anwendung. Für die Vermächtnisse findet sich eine dem § 306 entsprechende Bestimmung in § 2171. Nur tritt an die Stelle des Moments des Vertragsabschlusses der des Erbfalls. (Vgl. Kleineidam S. 49 ff, 80 ff.)

§ 10. c. Ausnahmen.

Von dem Grundsatze der befreienden Kraft anfänglicher Erfüllungshindernisse finden sich im B. G. B., abgesehen von den oben (S. 42) erwähnten folgende Ausnahmen:

I. Bezüglich der objektiven Unmöglichkeit.

1. Der Verkauf einer nicht existierenden Forderung hatte schon im römischen Recht nicht Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Im gemeinen Recht machte man einen Unterschied zwischen der Abtretung eines persönlichen Gläubigerrechts und der in einem Papier, z. B. einem Wechsel, verkörperten Rechte. Im ersteren Falle betrachtete man den Vertrag als gültig, selbst wenn das Gläubigerrecht nicht existierte; im letzteren führte Nichtexistenz Nichtigkeit des Vertrages herbei. Da nach dem B. G. B. objektive und subjektive Hindernisse gleich zu behandeln sind, so wäre, selbst wenn man die gemeinrechtliche Unterscheidung beibehielte, der Verkauf einer nicht existierenden Forderung stets nichtig gewesen. Dass in beiden Fällen objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist, wurde oben (S. 34) bemerkt. § 437 lässt nun den Verkäufer für Verität einer Forderung

[1]) Dass das in § 281 Abs. 1 ausgesprochene Surrogationsprincip bei dem anfänglichen Unvermögen analog anzuwenden sei, wie Cosack behauptet, nimmt selbst Schollmeyer nicht an, der den Vertrag als gültig betrachtet (Cosack Bd. I, S. 332; Schollmeyer a. a. O. S. 112).

[2]) Hartmann: Jurist. Casus S. 418.

oder eines sonstigen Rechts haften, so wie dafür, dass ein Wertpapier nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten sei. Der Grund zu dieser Ausnahme[1]) ist darin zu suchen, dass der Käufer beim Kauf eines Rechts in höherem Masse in Ungewissheit schwebt über die Existenz desselben, als beim Sachkauf über die Existenz einer Sache. Streitig ist aber, bis zu welchem Zeitpunkt der Verkäufer diese Haftung trägt. Mit der herrschenden Meinung[2]) ist der Moment des Vertragsabschlusses als massgebend anzunehmen. Von diesem ab treten die Grundsätze über die nachfolgende Unmöglichkeit in Kraft.

2. Eine weitere Verpflichtung zur Gewährleistung enthält auch § 459 B. G. B.:

„Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht. Der Verkäufer haftet auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat."

Dieser Paragraph statuiert eine weitere Ausnahme von dem Grundsatze des § 306 B. G. B. und zwar auch für den Fall des Vorliegens objektiver Erfüllungshindernisse; er kann also nicht als Argument gegen die befreiende Kraft des anfänglichen Unvermögens verwertet werden, wie dies versucht worden ist.

II. Bezüglich des subjektiven Unvermögens.

Ist ein Gegenstand vermacht, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, so ist, wenn es sich annehmen lässt, der Erblasser habe dem Bedachten die Sache ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit zur Erbschaft zu-

[1]) So auch Stammler S. 108.

[2]) Planck, a. a. O. Anm. 1 zu § 437.

wenden wollen, der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen, und, wenn er zur Verschaffung ausser stande ist, den Wert zu entrichten. §§ 2169/70. Im Zweifel ist also das Vermächtnis einer zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehörigen Sache unwirksam. Bei dem Vermächtnis einer objektiv unmöglichen oder verbotenen Leistung wird er dagegen befreit. § 2171 des B. G. B. Diese Unterscheidung des Gesetzbuches ist höchst doktrinär. Der Gesetzgeber hätte, wenn er sich bei der gedachten Bestimmung von dem Gedanken leiten liess, den Intentionen des Erblassers dadurch möglichst gerecht zu werden, dass er bei dem Vorliegen einer subjektiv unmöglichen Leistung dem Bedachten einen Ersatzanspruch gewährte, diesen Ersatzanspruch dem Bedachten eben so gut bei dem Vorliegen eines objektiven Erfüllungshindernisses geben können.

2. Nachfolgende Unmöglichkeit und nachfolgendes Unvermögen.

§ 11. a. Vorgeschichte.

Den Einfluss der nach dem Vertragsabschluss eintretenden Erfüllungshindernisse auf das Schuldverhältnis hat das B. G. B, wie oben (S. 33) erwähnt, an anderer Stelle geregelt. Sowohl hinsichtlich der Unmöglichkeit wie des Unvermögens des Schuldners zur Leistung finden sich positive Bestimmungen. In dem Entwurf I. Lesung war bei der Regelung des Einflusses der objektiven Unmöglichkeit unterschieden worden zwischen einer dauernden und einer vorübergehenden objektiven Unmöglichkeit. So lautete § 237 Abs. 1 des Entwurfs I: „Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, so lange die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist; soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit.“ Die dauernde Unmöglichkeit befreite also den Schuldner von seiner Verbindlichkeit gänzlich, die vorübergehende enthob

ihn seiner Verpflichtung nur für die Dauer der Unmöglichkeit. Im Entwurf II. Lesung wurden beide Fälle unter einem einheitlichen Ausdruck zusammengefasst; so auch im B. G. B., welches den Schuldner, falls keine Vertretungspflicht vorliegt, befreit, „soweit" die Leistung unmöglich wird. Von verschiedenen Seiten[1]) ist gegen § 237 Abs. 1 des Entwurfs geltend gemacht worden, er spreche nur eine Naturwahrheit aus; und fasse man ihn als Rechtssatz auf, der die Schadenersatzpflicht ausschliesse für den Fall, dass die Unmöglichkeit durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden sei, so sei er entbehrlich. Der Paragraph wurde aber trotzdem beibehalten, indem man hervorhob,[2]) „der in ihm enthaltene Rechtssatz werde sich zwar bei richtiger Auslegung von selbst ergeben, im Interesse der Deutlichkeit und der praktischen Handhabung des Gesetzes sei er indessen zum besonderen Ausdruck zu bringen, zumal als er . . . . „die im Abs. 1 behandelten Fälle der objektiven Unmöglichkeit den im Abs. 2 behandelten Fällen der subjektiven Unmöglichkeit scharf gegenüberstelle." Der Absatz 2 des § 237 (Entwurf I) enthielt folgende Bestimmung:

> „Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten ausser Stand gesetzt worden ist."

Derselbe erfuhr eine wesentliche Umgestaltung. Mit Recht konnte man ihm den Vorwurf machen,[3]) „er betreffe nur einen besonderen Fall nachträglicher eintretender Unmöglichkeit, der sich schon aus Abs. 1 dieses Paragraphen erledige." Denn aus dem Ausdruck „ausser Stand gesetzt" war nicht zu entnehmen, dass damit die Fälle subjektiven Unvermögens gemeint sein sollten; und nur unter Heranziehung der Motive konnte man in den Sinn dieses Absatzes eindringen. Abgesehen von der Fassung war aber auch

[1]) Goldschmidt S. 171.
[2]) Prot. zur II. Lesung I. S. 315.
[3]) Laband: Archiv, Bd. 37 S. 195.

der in dem Absatz ausgesprochene Grundsatz zu tadeln. Die Motive sagen, sie lehnten sich in der genannten Bestimmung an das geltende Recht an. Auch das ist nicht zutreffend. Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts und auch das preuss. Recht stellen die nachfolgende subjektive Unmöglichkeit der objektiven gleich. In Abs. 2 des § 237 Entwurf I wird aber die Gleichstellung als Ausnahme hingestellt, nämlich nur gewährt, wenn ein in sich bestimmter Gegenstand[1]) zu leisten sei. Der Entwurf der II. Lesung entspricht dem geltenden Rechte bereits mehr, indem die Gleichstellung als Prinzip ausgesprochen und die verschiedene Behandlung des subjektiven Unvermögens bei Gattungsschulden als Ausnahme hingestellt wurde. Jetzt spricht § 275 den Grundsatz aus, § 279 B. G. B. enthält die Ausnahme. Die Unterscheidung zwischen Species- und Gattungsschulden ist der weiteren Erörterung zu Grunde gelegt.

b) Grundsätze.

§ 12. *α.* Speciesschulden.

§ 275 B. G. B. erklärt also den Schuldner für befreit bei nachfolgender objektiver Unmöglichkeit wie bei nachfolgendem Unvermögen des Schuldners und zwar unter der Voraussetzung, dass die Unmöglichkeit bezw. das Unvermögen durch einen Umstand herbeigeführt sind, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.[2]) Die Verfasser haben absichtlich einen so allgemeinen Ausdruck gewählt. Dadurch, dass nicht von einem „Verschulden" gesprochen wird, sind sowohl die Fälle mit inbegriffen, in denen Gesetz, Parteiabrede oder Verfügung von Todeswegen dem Schuldner für seine eigenen Handlungen auch dann eine Haftung auferlegen, wenn ihn kein Verschulden trifft, wie auch diejenigen, in denen der Schuldner ohne eigenes Verschulden

---

[1]) Der Ausdruck „in sich bestimmt" in der Bedeutung „individuell bestimmt" ist eine sprachliche Eigentümlichkeit der I. Lesung,

[2]) Diese Voraussetzung hängt zusammen mit der Gebundenheit des schuldnerischen Willens, s. oben S. 13.

für Handlungen Dritter haftet. Wenn in den Fällen, wo der Schuldner die Unmöglichkeit bezw. das Unvermögen nicht zu vertreten hat, von kasueller Unmöglichkeit bezw. Unvermögen gesprochen wird, so ist unter casus der sogenannte juristische zu verstehen;[1]) er weicht von dem natürlichen insofern ab, als er bald über ihn hinausgreifen kann (in den Fällen einer über Verschulden hinaus gesteigerten Haftung, z. B. in §§ 287 und 701 B. G. B.), bald weniger weit greift (so in den Fällen, in denen der Verpflichtete nur für Vorsatz und grobes Verschulden einzustehen hat, z. B. der Schenker in § 521 B. G. B.). Zum juristischen Casus sind also die Ereignisse zu rechnen, für die eine Vertretungspflicht nicht besteht. Die Vertretungspflicht richtet sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung, subsidiär kommen erst die vom B. G. B. im Anschluss an die Lehre von der Unmöglichkeit aufgestellten Grundsätze über die Haftung für Verschulden in Betracht. Die letzteren ausführlich darzustellen, ist hier nicht der Ort.[2]) Voraussetzung für die Haftung überhaupt ist das Vorhandensein der für die Haftung für unerlaubte Handlungen in den §§ 827/28 bestimmten Voraussetzungen. So sagen die Motive:[3]) „Wer nicht deliktsfähig ist, kann auch seine obligatorischen Verpflichtungen nicht durch eine Handlung im juristischen Sinne verletzen."

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, wann ein Irrtum zu vertreten ist, welcher nachfolgende Unmöglichkeit oder nachfolgendes subjektives Unvermögen zur Folge hat. Nach § 241 des Entwurfs I. Lesung, der diesen Fall besonders behandelte, wurde der Schuldner befreit, wenn der Irrtum entschuldbar war. Als entschuldbar wurde nach § 146 der Irrtum angesehen, welcher nicht auf Fahrlässigkeit

[1]) Streng genommen ist nicht der casus ein juristischer, sondern es bildet nur die Haftung für ihn eine juristische Besonderheit.

[2]) Denn sie gelten nicht bloss für die Lehre von der Unmöglichkeit, auch nicht bloss für das Recht der Schuldverhältnisse, sondern sind für das ganze Rechtsleben von Bedeutung.

[3]) Motive II S. 28.

beruhte, also auch nicht auf culpa levis[1]). Die Vorschrift des § 241 zeigte sich aber als unanwendbar, wenn der Schuldner nur für dolus und culpa lata haftete. Daher wurde der Paragraph in der II. Lesung gestrichen. Zu den Voraussetzungen der Anfechtbarkeit einer Willenserklärung wegen Irrtums gehört nun nach dem Entwurf II. Lesung und dem B. G. B. § 119 die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht mehr. Wonach ist jetzt die Vertretungspflicht des Schuldners zu bemessen, wenn durch einen Irrtum des letzteren Unmöglichkeit oder subjektives Unvermögen herbeigeführt wird? Es sind hier streng von einander zu sondern: einmal die Voraussetzungen für die Möglichkeit eines Einflusses des Irrtums auf die durch ihn hervorgerufene Willenserklärung und auf das vorhandene Schuldverhältnis. Die letzteren bestimmen sich lediglich danach, ob der bei dem in Frage stehenden Schuldverhältnis vom Gesetz geforderte Grad von diligentia prästiert worden ist oder nicht[2]); die ersteren dagegen nach § 119 B. G. B. Denn die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des Irrtums steht in keiner Beziehung zu den Grundsätzen über den Einfluss nachfolgender Unmöglichkeit oder nachfolgenden Unvermögens auf das Schuldverhältnis. Nach dem ersten Entwurf lag die Gefahr einer derartigen Verwechselung näher, da nach § 146 noch die Entschuldbarkeit des Irrtums zu den Voraussetzungen der Nichtigkeit (jetzt Anfechtung) der durch ihn hervorgerufenen Willenserklärung gehörte. Diese Verwechselung findet sich auch in den Motiven, in denen es heisst, „bei Anwendung des § 241 entscheide nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses, nach welchem der Schuldner vielleicht nur für grobe Fahrlässigkeit hafte; vielmehr sei der Massstab des § 146 hier anzuwenden."

Es ist noch einer Kontroverse Erwähnung zu thun, welche sich an den Fall knüpft, wo der Schuldner eine

---

[1]) Dagegen galt nach § 99 Entwurf I nur der auf grober Fahrlässigkeit beruhende Irrtum als unentschuldbar.

[2]) Vergl. auch Kisch S. 103.

Species zu liefern verpflichtet ist, die er aber infolge unverschuldet eintretender Zahlungsunfähigkeit nicht beschaffen kann. Goldmann-Lilienthal[1]) nehmen das Weiterbestehen der Verbindlichkeit an, Oertmann[2]) verneint dasselbe. Es ist Oertmann beizupflichten; denn in obligatione befindet sich eine Species, nicht eine Gattungssache (nicht das zur Anschaffung erforderliche Geld).

§ 13. β. Gattungsschulden.

Dagegen hat das B. G. B. bei Gattungsschulden die Wirkungen der Unmöglichkeit und des Unvermögens des Schuldners zur Leistung in verschiedener Weise geregelt. Es sagt in § 279:

„Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

Bei dieser Bestimmung hat den Verfassern wohl der Satz vorgeschwebt: genus perire non censetur. Man hielt es für angemessen, den Schuldner bei dem Vorliegen subjektiver Erfüllungshindernisse, auch wenn sie durch einen Umstand hervorgerufen wurden, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, bis zum Eintritt objektiver Unmöglichkeit, d. h. im allgemeinen bis zum Erlöschen der Gattung, haften zu lassen. Für diesen Fall treten dann die Grundsätze über den Eintritt objektiver Unmöglichkeit in Kraft, die Befreiung des Schuldners hängt also davon ab, ob der Eintritt der objektiven Unmöglichkeit von ihm zu vertreten ist oder nicht,

Diese Regelung hat allgemein Missbilligung gefunden. Cosack[3]) weist an einer Reihe von Beispielen nach, zu welch' unbilligen Resultaten man bei Unterscheidung der

---

[1]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 164.
[2]) Oertmann, Komment. S. 35.
[3]) Cosack, a. a. O. S. 334.

Species- und Gattungsschulden und einer verschiedenen Behandlung des Unvermögens bei diesen beiden Gattungen gelangt. Auch Jacoby[1]) verwirft die Beschränkung der Befreiung des Schuldners bei subjektivem Unvermögen auf Speciesschulden und bezeichnet sie als inkonsequent und ungerecht. Aehnlich äussert sich auch Ubbelohde;[2]) er weist auf Hartmann hin als auf den, „der längst den verhängnisvollen Irrtum widerlegt habe, dass eine generische Verpflichtung, welche nach Treu und Glauben beurteilt werde, infolge eines Hindernisses der Leistung erst dann erlösche, wenn das geschuldete Genus völlig zu existieren aufhöre oder völlig dem Rechtsverkehr entzogen sei.“ Einer, und zwar der hauptsächlichste der Gründe für die Einfügung der Bestimmung des § 279 in das B. G. B. ist bereits oben angegeben (S. 42). Die Verfasser beabsichtigten aber ferner mit der Vorschrift des § 279, eine gleich strenge Haftung des Schuldners bei subjektiven wie bei objektiven Erfüllungshindernissen eintreten zu lassen. Das praktische Resultat, welches man mit der Haftung erzielen wollte, sollte in beiden Fällen dasselbe sein. Und um das nämliche praktische Resultat zu erzielen, war man gezwungen, das Weiterbestehen der Haftung des Schuldners beim Vorliegen subjektiven Unvermögens bei Gattungsschulden auch dann anzunehmen, wenn den Schuldner am Eintreten des Unvermögens keine Schuld trifft. Bei der Interpretation des § 279 ist also das Hauptgewicht nicht auf die Worte zu legen: „so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist“; diese Worte sind vielmehr gewissermassen nur die Einkleidung des Grundgedankens: Haftung bis zur objektiven Möglichkeit; dass diese aber auch ohne Erlöschen der Gattung erfolgen kann, ist oben auszuführen und nachzuweisen versucht worden (s. oben S. 14 ff.[3]) Zu einer derartigen restriktiven Auslegung wird einmal, wie oben dargethan worden ist, die Berücksichtigung von Treu und

[1]) Jakoby, Annalen S. 45.
[2]) Ubbelohde, a. a. O. S. 121.
[3]) Vergl. auch Kisch S. 113

Glauben im Verkehr, zum andern aber auch oft der vermeintliche Parteiwille führen. Für eine restriktive Interpretation sind auch Planck[1]) uud Oertmann[2]). Planck sagt z. B.:

„Die Frage, ob die Leistung aus der Gattung noch möglich ist, wird nicht nur dann zu verneinen sein, wenn feststeht, dass Gegenstände der fraglichen Gattung überhaupt nicht mehr existieren, sondern auch dann, wenn dies zwar ungewiss, die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art aber mit so aussergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, dass diese Schwierigkeiten nach Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleich geachtet werden."

Hiermit hängt auch Kleineidams[3]) Kraftanstrengungstheorie zusammen. Kleineidam hebt sehr treffend hervor, dass auch das Mass der Kraftanstrengung zu berücksichtigen sei, wenn der Inhalt eines Schuldverhältnisses bestimmt werden solle. Welches Mass von Kraftanstrengung der Schuldner aufzuwenden habe, sei bei jeder Obligation nach dem Parteiwillen oder nach den Verkehrsanschauungen zu bestimmen. Hiernach kann eine Leistung durch Parteibestimmung unmöglich werden oder doch als solche gelten. Kleineidam geht jedoch in seiner Kraftanstrengungstheorie zu weit, wie das von ihm angeführte Beispiel zeigt. Zu weit gehen Goldmann-Lilienthal, Szkolny-Caro und Kisch[4]), die eine Befreiung des Schuldners bei Gattungsschulden dann annehmen, wenn das Unvermögen lediglich in der Behinderung der Person des Schuldners seinen Grund hat. Dies ist mit dem Wortlaut des § 279 nicht mehr vereinbar.

Was die von Meischeider[5]) angeregte Frage anbelangt, ob auch dann, wenn eine „in sich bestimmte" Handlung Gegenstand eines Schuldverhältnisses ist, die Grundsätze

[1]) Planck, a. a. O. Anm. 1 zu § 279.
[2]) Oertmann, Civ. Rundschau S. 39,
[3]) Kleineidam, S. 14 ff.
[4]) Kisch, S. 117.
[5]) Meischeider, a. a. O. S. 48.

über nicht zu vertretendes nachfolgendes Unvermögen Platz greifen, so konnten nach dem Wortlaut des I. Entwurfs Bedenken obwalten, da dieser nur von einem in sich bestimmten „Gegenstande" sprach. Da aber das B. G. B. in § 275 von der „Leistung" schlechthin spricht, so sind auch die Leistungen von Handlungen mit inbegriffen. Wie aber, wenn generische Handlungen zum Gegenstand einer Obligation gemacht werden? Es hat jemand die Leistungen von Diensten versprochen, die Personen aber unbestimmt gelassen, welche die Dienste leisten sollen. Gesetzt z. B., der Versprechende kann deshalb seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, weil der Ort, an dem er sich mit seinen Arbeitern befindet, plötzlich durch eine Ueberschwemmung der Verbindung mit dem Ort beraubt wird, an welchem die Dienste zu leisten sind. Die Grundsätze, die von einem nur der Gattung nach bestimmten „Gegenstande" gelten (§ 279), sind dann analog auf generische Handlungen anzuwenden[1]).

Hat der Schuldner das zur Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes seinerseits Erforderliche gethan, dann verwandelt sich die Gattungsschuld in eine Speciesschuld (§ 243 Abs. 2, B. G. B.), und es treten die bei Speciesschulden geltenden Grundsätze in Kraft.

§ 14. Teilweise Unmöglichkeit bezw. teilweises Unvermögen hinsichtlich der Zeit der Leistung in ihrem Verhältnisse zum Verzug.

Während im Bisherigen nur von der völligen Unmöglichkeit der Leistung bezw. dem völligen Unvermögen zu derselben die Rede gewesen ist, soll im Folgenden noch etwas näher auf die teilweise Unmöglichkeit bezw. das teilweise Unvermögen und zwar hinsichtlich der Erfüllungszeit eingegangen und insbesondere erörtert werden, ob und inwieweit die oben erörterten Grundsätze über gänzliche Unmöglichkeit bezw. gänzliches Unvermögen auch auf die

[1]) So auch Kisch, S. 120.

partielle Unmöglichkeit und das partielle Unvermögen bezüglich der Erfüllungszeit der Obligation Anwendung finden, sowie, welche Beziehungen zwischen dem Verzuge und der genannten partiellen Unmöglichkeit bezw. Unvermögen bestehen.

Zunächst ist das Gebiet der hier zu erörternden Fälle genauer zu bestimmen. Es wird nur die vorübergehende und den Zweck der Obligation nicht vereitelnde Unmöglichkeit[1]) bezüglich der Leistungszeit in Betracht kommen. (Das Nähere bei Kleineidam S. 26). Nicht zu berücksichtigen ist natürlich auch diejenige nicht rechtzeitige Erfüllung der Obligation, welche dadurch veranlasst wird, dass der Schuldner nicht rechtzeitig leisten will. Wenn hier nicht gesagt wird, es bleiben diejenigen Fälle des schuldnerischen Verzuges ausser Betracht, bei welchen letzterer durch die Abwesenheit des schuldnerischen Leistungswillens herbeigeführt wird, so hat das darin seinen Grund, dass nicht stets dann Verzug des Schuldners vorliegen muss, wenn die nicht rechtzeige Erfüllung der Obligation dadurch veranlasst ist, dass der Schuldner nicht leisten will. Die genannten Fälle scheiden aus, weil im Folgenden ja nur von einer auf ein Nichtkönnen des Schuldnrrs zurückzuführenden nicht fristgerechten Erfüllung die Rede sein soll.

Unter Verzug ist im Folgenden der Verzug im technisch-juristischen Sinne zu verstehen, auch „subjektiver" Verzug genannt.

Auch bei der teilweisen Unmöglichkeit der Leistungszeit können die Umstände, welche die rechtzeitige Erfüllung hindern, sowohl vor der Begründung der Obligation vorhanden gewesen, als auch nachher eingetreten sein. Ebenso werden die Unterschiede zwischen subjektiven und objektiven Erfüllungshindernissen in Betracht kommen. Objektive Erfüllungsunmöglichkeit wird z. B. stets im Falle des An-

[1]) Der Kürze halber ist im Folgenden häufig nur von Unmöglichkeit die Rede; es ist jedoch stets das Unvermögen mit darunter zu verstehen, wenn nicht ausdrücklich die objektive Unmöglichkeit gemeint ist.

nahmeverzugs des Gläubigers vorliegen; denn auch in diesem Falle lässt sich sagen, dass die Leistung „alii possibile non est“. Beim Verzuge des Schuldners wird meistenteils subjektives Unvermögen zur Leistung vorliegen.

Finden nun dieselben Grundsätze, welche bei Nichterfüllung der Leistung in ihrem ganzen Umfange zur Geltung kommen, auch auf die partielle Nichterfüllung bezüglich der Leistungszeit Anwendung?

Bezüglich des Unterschiedes zwischen den gleich anfangs vorhandenen und den erst später eintretenden Erfüllungshindernissen lehrt Windscheid[1]) für das römische und gemeine Recht, dass, falls das Hindernis, welches die rechtzeitige Erfüllung ausschloss, schon zur Zeit der Begründung des Forderungsrechtes vorhanden war, der Schuldner sich auf dasselbe berufen könne, wenn es ein objektives, nicht dagegen, wenn es ein subjektives gewesen sei; bei den später eingetretenen dagegen komme es auf die Schuld an. Wie aber, wenn der Schuldner bereits bei Eingehung des Schuldverhältnisses sich bewusst war oder fahrlässigerweise nicht wusste, dass die Leistung hinsichtlich der Erfüllungszeit objektiv unmöglich sein würde? Sollte er dann nicht verpflichtet sein, die Folgen nicht rechtzeitiger Erfüllung zu tragen?

Es hat hier folgende Erwägung Platz zu greifen. Bei der teilweisen Unmöglichkeit bezüglich der Leistungszeit handelt es sich nicht wie bei gänzlicher Unmöglichkeit um die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht. Es wird im Gegenteil stets ein gültiger Vertrag vorausgesetzt.

Es ist nur zu untersuchen, ob die nachteiligen Folgen nicht rechtzeitiger Erfüllung eintreten oder nicht. Nun aber hat, abgesehen von dem älteren römischen Recht das Moment der Verschuldung auch bei den gleich anfangs vorhandenen Erfüllungshindernissen eine Bedeutung; eine Klage auf das negative Vertragsinteresse kann

[1]) Pandekten II, S. 118.

daraus hervorgehen. Dieses Moment der Schuld muss auch dann zur Geltung kommen, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Schuldner die Folgen einer auf anfängliche Erfüllungshindernisse zurückzuführenden nicht rechtzeitigen Erfüllung der Schuldverbindlichkeit zu tragen hat. Wenn also einerseits die Ansicht zu verwerfen sein wird, welche den Schuldner beim Vorhandensein anfänglicher (objektiver) Erfüllungshindernisse für die Folgen nicht rechtzeitiger Erfüllung in keinem Falle haften lässt, und also in dieser Hinsicht das Vorhandensein eines Unterschiedes zwischen anfänglichen und nachfolgenden Erfüllungshindernissen zu verneinen ist, so ist es andererseits nicht zu verkennen, dass insofern eine verschiedene Behandlung derselben eintreten muss, als die Frage, wann eine Schuld vorliegt, bei jeder der beiden Arten von Erfüllungshindernissen verschieden zu beantworten sein wird. So wird, was das B. G. B. anlangt, unter analoger Anwendung der Grundsätze, betreffend die gänzliche Unmöglichkeit bezw. das gänzliche Unvermögen auf die partielle Unmöglichkeit bezw. das partielle Unvermögen, die Frage, wie weit eine Schuld bei anfänglich vorhandenen Erfüllungshindernissen zu vertreten ist, nach § 307, Abs. 1 B. G. B. zu beurteilen sein und zwar in gleicher Weise für subjektive wie objektive Erfüllungshindernisse. Auf die durch nachträglich eingetretene Hindernisse hervorgerufene nicht rechtzeitige Erfüllung werden die Bestimmungen der §§ 275 ff. analoge Anwendung zu finden haben. Ebenso wird bei Gattungs- insbesondere Geldschulden der § 279 analog auf die nicht rechtzeitige Erfüllung anzuwenden sein; der Schuldner wird mithin bei diesen eine nicht rechtzeitige Erfüllung, welche auf subjektive Erfüllungshindernisse zurückzuführen ist, ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Schuld zu vertreten haben und zwar nach den obigen Ausführungen sowohl dann, wenn diese Erfüllungshindernisse nachfolgende, wie auch dann, wenn sie anfängliche waren.

Unter welchen Voraussetzungen liegt nun in dem Falle, wo die nicht rechtzeitige Erfüllung eines Schuldverhältnisses

dadurch hervorgerufen wird, dass der Schuldner nicht leisten kann, Verzug vor? Dieses Verhältnis des Verzuges zu der teilweisen Erfüllungsunmöglichkeit ist bisher nur wenig erörtert. So hat sogar Wolff[1]) jede Ausführung über die Unmöglichkeit der Leistung bei der Behandlung der mora ausgeschlossen in der Meinung, dass durch die Unmöglichkeit die Obligation selbst aufgehoben werde. So ist auch häufig der Verzug, soweit er auf einem Nichtkönnen des Schuldners beruht, anderen Bestimmungen unterworfen worden als die teilweise zeitliche Leistungsunmöglichkeit, bezw. das partielle Unvermögen, indem jeder Zusammenhang zwischen beiden verkannt wurde. Nur so ist es erklärlich, dass Wächter[2]) mit Bezug auf die mora sagen kann, der Schuldner werde nur dann entschuldigt, wenn er durch ein unverschuldetes objektives Hindernis abgehalten war, zur rechten Zeit zu leisten; subjektives Unvermögen entschuldige ihn dagegen nicht. Einige Schriftsteller sind sogar soweit gegangen zu behaupten, dass die Römer bei jeder nicht rechtzeitigen Leistung, also auch dann, wenn auf seiten des Schuldners eine Schuld nicht vorlag, Schuldnerverzug haben eintreten lassen. Dem widerspricht insbesondere l 17 § 3 Dig. XXII, 1, wo es heisst: „quid enim potest imputari ei, qui solvere, estiamsi vellet, non potuit?“ Mommsen[3]) will im allgemeinen dieselben Grundsätze zur Anwendung bringen; er führt aus, es könne nur die vom Recht anerkannte Unmöglichkeit der Leistung - das anfängliche subjektive Unvermögen also auch, nämlich insoweit, als es den Schuldner befreit — dem Schuldner einen Entschuldigungsgrund gewähren; doch müsse auch hier eine Unterscheidung gemacht werden zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit. Ganz rein führt er diesen Grundsatz aber auch nicht durch, indem er in gewissen Fällen einem Umstande, obgleich er eine wahre Unmöglichkeit nicht begründe, doch insoweit einen Einfluss

[1]) Wolff, Die Mora.
[2]) Pandekten II, S. 399.
[3]) Beiträge, III. Bd., S. 62 ff.

gestatten will, als er das augenblickliche Eintreten der mora hindere."

Mommsen führt als Beispiel hierfür an, dass ein wegen Geldzahlung gemahnter Schuldner sich sofort mit der geschuldeten Geldsumme zum Gläubiger begiebt, aber unterwegs von Räubern überfallen und beraubt wird. Mommsen will dann zwar nicht eine Befreiung des Schuldners eintreten lassen, demselben aber einen Zahlungsaufschub gewähren.

Auch neuere Gesetzgebungen lassen den Verzug des Schuldners, abgesehen von den auf ein Nichtwollen des Schuldners zurückzuführenden Verzugsfällen, nicht bloss dann eintreten, wenn eine nach den Grundsätzen über Unmöglichkeit zu vertretende nicht rechtzeitige Erfüllung vorliegt, so lässt z. B. das Schweiz. Bd.-Ges., auch wenn den Schuldner an der nicht rechtzeitigen Erfüllung der Obligation keine Schuld trifft, einige Verzugsfolgen statthaben.

Welche Stellung nimmt nun das B. G. B. zu diesen Fragen ein? Es sagt im § 285: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat." Die Fassung dieses Paragraphen ist in Uebereinstimmung gebracht mit dem Wortlaut des § 275. Welche Umstände zu vertreten sind, sagen die §§ 276—279 B. G. B. Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass der Schuldner bei der partiellen Unmöglichkeit bezw. dem partiellen Unvermögen bezüglich der Erfüllungszeit nur dann in Verzug kommt, wenn er auch bei dem Vorliegen gänzlicher Unmöglichkeit bezw. gänzlichen Unvermögens von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden wäre. Die Motive[1]) sagen hierüber: „Der Schuldner muss sich gegen den Vorwurf des Verzuges in demselben Umfange und durch dieselben Umstände, wie gegenüber vertretbarer gänzlicher Unmöglichkeit der Erfüllung exkulpieren können."

[1]) Motive II, S. 60 ff.

Aus der Fassung des § 285 geht übrigens, zumal wenn man ihn mit dem § 275 vergleicht, hervor, dass sowohl diejenige nicht fristgerechte Erfüllung darunter zu verstehen ist, welche durch nachfolgende, wie die, welche durch anfängliche Hindernisse veranlasst wird. Die Fassung der beiden Paragraphen ist offenbar absichtlich in Uebereinstimmung gebracht. Um so mehr fällt bei § 285 das Fehlen der Worte „nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden" auf. Es ist darin ein Argument zu sehen für die Richtigkeit der oben (S. 59 ff) aufgestellten Behauptung, dass auch bei einer durch anfängliche Hindernisse herbeigeführten nicht rechtzeitigen Erfüllung das Schuldmoment eine Bedeutung hat. Welche Umstände der Schuldner bei der durch anfängliche subjektive und objektive Hindernisse veranlassten nicht rechtzeitigen Erfüllung zu vertreten hat, wann er also in diesem Falle in Verzug kommt, ist oben (S. 60) ausgeführt.

Es besteht eine Kontroverse darüber, ob die Vorschrift des § 279 überhaupt auf das partielle Unvermögen anzuwenden sei und mithin auch für die Frage, ob Verzug vorliegt, in Betracht komme. Dernburg[1]) hält die Vorschrift des § 279 für eine singuläre, die auf eine blosse Verzögerung der Leistung nicht zu beziehen sei. Dieser Ansicht kann jedoch, und zwar mit Rücksicht auf die konforme Fassung der §§ 275 und 285, nicht beigepflichtet werden. Der Gesetzgeber hat allem Anschein[2]) nach die Voraussetzungen des Verzuges bezw. seiner Folgen in subjektiver Hinsicht einheitlich in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Erfülllung festsetzen wollen. Auch Planck und Schollmeyer sprechen sich für die analoge Anwendung des § 279 bei partiellem Unvermögen aus.

Wie bereits oben (vergl. S. 58) angedeutet worden ist, setzt auch die vom Schuldner gewollte nicht recht-

[1]) Dernburg, Das bürg. Recht. II. Bd., S. 156.

[2]) Vergl. Motive II, S. 60.

zeitige Erfüllung denselben nicht unbedingt in Verzug, nämlich dann nicht, wenn die Abwesenheit seines Leistungswillens durch einen Irrtum veranlasst worden ist, den er nicht zu vertreten hat. Liegt ein derartiger Irrtum vor, dann tritt der Verzug auch in dem Falle des § 279 nicht ein, da der Schuldner nach § 279 nur sein Unvermögen zur Leistung ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Schuld zu vertreten hat, nicht aber „andere von ihm nicht verschuldete Umstände, infolge deren die Leistung unterbleibt“[1]).

[1]) Planck, zu § 284, Anm. 7, e; vergl. auch Schollmeyer zu § 285.

Lebenslauf.

Ich, Arthur Krug, evangelischer Religion, bin am 9. Oktober 1876 zu Königshütte als der Sohn des Lehrers Richard Krug und seiner Ehefrau Anna, geb. Kleinert, geboren. Meine Gymnasialbildung erhielt ich auf dem Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich nach neunjährigem Besuche Ostern 1896 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und studierte je ein Semester auf den Universitäten Tübingen, Strassburg und Genf und vier Semester auf der Universität Breslau. Am 9. Dezember 1899 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Oberlandesgericht zu Breslau und am 22. Dezember 1899 das examen rigorosum vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau. Am 15. Dezember 1899 wurde ich bei dem Königlichen Amtsgericht zu Nimptsch für den Staatsdienst vereidigt. Gegenwärtig bin ich bei dem Königlichen Landgericht zu Öls beschäftigt.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen, praktischen und seminaristischen Uebungen folgender Herren Professoren und Docenten:

in Tübingen: *Meyer, von Neumann, Wendt,*

in Strassburg: *van Calker, Laband, von Mayr, O. Mayer, Schultze,*

in Genf: *Bridel, Gentel, de Girard,*

in Breslau: *Brie, Bruck, Dahn, Elster, Fischer, Heymann, Jörs, Leonhard, Sombart, Wäntig.*

Allen meinen verehrten Lehrern spreche ich an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank aus. Insbesondere aber danke ich Herrn Geheimen Justizrath Prof. Dr. Leonhard für die freundliche Unterstützung bei der Abfassung dieser Arbeit.

Thesen.

1. Die durch subjektive Hindernisse veranlasste nicht rechtzeitige Erfüllung einer Gattungsschuld setzt den Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, auch dann in Verzug, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. (vergl. §§ 285, 279 B. G. B.)
2. Bei nicht rechtzeitiger Besetzung eines Amtes durch den Bischof devolviert das Besetzungsrecht an den Erzbischof.
3. Der Mundraub ist kein begrifflich anderes Delikt als der Diebstahl.
4. Das Inverkehrbringen als unecht empfangenen nachgemachten oder verfälschten Geldes ist kein Münzdelikt. (vergl. §§ 147, 148 B. G. B.)